TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO- TOMO IX

Direito de Familia: Direito Parental

Direito Protetivo

Tábua Sistemática das Matérias

Titulo II

Direito Parental

Capitulo I

Relações de Parentesco

§ 946. Definições *e espécies* de *parentesco.* 1. Parentesco.2.Natural, afim, civil. 3. Legitimo, ilegitimo. 4. Adoção.

5.Transversal. 6. Familia e parentesco. Ação declaratória. 7.Código Civil, art. 332

§ 947. *Linhas do parentesco.* 1. Linha reta, linha colateral. 2.Materna, paterna.3.Ascendente, descendente

§ 948. *Contagem* dos *grous.* 1. Definição. 2. Parentesco colateral. 3. *Grodus dicti sunt a sirnilitudine scalaruum.*

4.Começo da contagem. 5. Tábua do parentesco. 6. Linha reta, linha colateral

§ 949. *Parentesco por afinidade.* 1. Definição. 2. Afins não são entre si afins. 3. Legitima, ilegítima. 4. Duas linhas.

5.Proposições sobre afinidade. 6. Dissolução do casamento. 7.Regras para a contagem dos graus. 8. Esquema. 9. Afinidade, imagem do parentesco consangúíneo

§ 950. *Parentesco* só *civil.* 1. Conceito. 2. Afinidade. 3. Linha reta

Capítulo II

Relações entre Pais e Filhos Havidos na Relação de Casamento

§ 951. *Paternidade, maternidade e filiação.* 1. Natureza da relação. 2. Filiação da relação de casamento. 3. Expos los. 4. Filiação por eficácia de casamento subseqúente. 5. Filiação fora da relação de casamento. 6. Casamento nulo..

§ 952. Filiação da *relação* de casamento. 1. Fontes. 2. Presunções. 3. Contagem. 4. *Pater* is est *quem nuptiae* demons *trant.* 5. Quando cessa a presunção. 6. Inteligência da regra de presunção. 7. Prova. 8. Onus de prova. 9.

Registro

§ 953. *Impugnação direta da filiação havida na* constância *do casamento.* 1. Contagem. 2. Prazo. 3. Natureza das regras. 4. Presunção. 5. Maternidade. 6. Paternidade. 7. Código Civil, art. 339. 8. Código Civil, art. 341. 9. Marido ausente. 10. Impossibilidade física. 11. Concepção. 12. Prova.13.Separação e acidente. 14. Impotência

§ 954. *Impugnação indireta da filiação* havida na *relação do* casamento. 1. Código Civil, art. 344. 2. Impugnação.

3.Ação. 4. Ação prejudicial

§ 955. *Contra quem* se exerce *a ação de impugnação.* 1.Princípios gerais. 2. Lei *Diffamari.* 3. Ação negatória.

4.Legitimação passiva. 5. Filho maior

§ 956. *Prova da filiação* na tonstância *do* casamento. 1.Código Civil, art. 347. 2. Regras especiais. 3. Registro.

4.Posse de estado, prova por testemunhas. 5. Código Civil,art. 346

§ 957. Ação *de filiação havida da relação* do casamento. 1. Presunção legal e pretensão. 2. Ação e herdeiros.

3.Turbação e imissão. 4. Imissão. 5. Prescrição. 6. Ação dos herdeiros. 7. Antes do parto. 8. Impossibilidade de co -

s.

Habitação. 9. Ação de *partu* agnoscendo. 10. Legitimação ativa. 11. Herdeiros. 12. Lei processual **Capítulo III**

Relações entre Pais e Filhos Havidos antes da Relação do Casamento

§ 958. *A legitimação no direito* romano. 1. Direito romano. 2. Casamento subseqúente. 3. Rescrito do príncipe. 4.

História

§ 959. *Legitimação por matrimônio subsequente no direito brasileiro anterior.* 1. Direito anterior 2. Direito canônico

§ 960. *Legitimação no direito brasileiro vigente.* 1. De que resulta a legitimação. 2. Legitimados são equiparados a havidos na relação do casamento. 3. Casamento intercalar.4.Ações relativas à legitimação. 5. Impugnação

§ 961. *Prova da filiação dos legitimados.* 1. Eficácia *vi et potestate legis.* 2. Requisitos da legitimação. 3. Ação do filho. 4. Legitimação e sua eficácia. 5. —Legitimo‖ ou legitimado. 6. Alimentos **Capítulo IV**

Relações entre Pais e Filhos Havidos fora da Relação do Casamento

§ 962. *Filiação fora da sociedade conjugal e suas espécies.* 1. Filhos concebidos fora do casamento. 2. Filhos simplesmente naturais; espuriedade. 3. Classes de filhos espúrios

§ 963. *Reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.* 1. Reconhecimento e prova da filiação. 2. História. 3.

—Incestuosos‖ e —adulterinos‖. 4. Ação de reconhecimento

§ 964. *Reconhecimento voluntário.* 1. Pelos pais, conjunta ou separadamente. 2. Registro, escritura pública, documento público, escrito particular, testamento. 3. Escritura pública, documento público, escrito particular. 4.

Testamento. 5. Nulidade do testamento

§ 965. *Capacidade para reconhecer.* 1. Comunicação de fato, conteúdo de declaração unilateral de vontade. 2. Incapacidade. 3. Tempo. 4. Ato

personalissimo. 5. Mãe e pai

§ 966. *Quando pode ser feito o reconhecimento.* 1. Antes do nascimento do filho; depois do falecimento. 2. Gravidez.

§ 967. O *que deve conter o ato do reconhecimento.* 1. Elementos necessários. 2. Não se precisa da referência ao outro genitor. 3. Condição ou termo. 4. Unilateralidade

§ 968. *Investigação da maternidade: reconhecimento forçado.* 1. Maternidade e certeza. 2. Quando não se admitia a investigação. 3. —Adulterinidade‖ e —incestuosidade‖. 4. Espécies principais. 5. Maternidade e falsidade do termo de nascimento

§ 969. *Investigação da paternidade: reconhecimento forçado.* 1. *De jure condendo.* 2. Investigação e pressupostos.

3. Concubinato. 4. Rapto. 5. Relações sexuais. 6. Pressupostos. 7. Ações. 8. Presunção de ser pai. 9. Exceção de muitas relações sexuais. 10. Impossibilidade de cópula. 11. Restrição à *Exceptio pluriurn concubentium.* 12. Escrito anterior ao nascimento

§ 970. *Ação de filiação havida fora do casamento.* 1. Ações tendentes a provar; ações de turbação. 2. impugnação. 3.

Investigação de maternidade e da paternidade. 4. Eficácia da sentença

§ 971. *Efeitos do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.* 1. Eficácia do reconhecimento forçado e do voluntário. 2. Reconhecidos equiparavam-se a filhos havidos do casamento, no que concerne à sucessão. 3.

Parentesco natural. 4. Ascendente. 5. Declaratividade (no sentido do direito civil)

§ 972. *Reconhecimento inexistente, nulo e anulável.* 1. Inexistente. 2. Nulo. 3. Anulável s.

§ 973. *Irrevogabilidade do reconhecimentb.* 1. Irrevogabilidade,

impugnabilidade. 2. Em testamento. 3.

Consequências do princípio

Título III

Direito Protetivo

Capítulo 1

Pátrio Poder

§ 974. O *pátrio poder entre os Romanos e os povos modernos.* 1. Povos antigos. 2. Direito moderno. 3. Roma e os nossos dias. 4. Roma e Grécia

§ 975. *O pátrio poder no direito anterior.* 1. Antes de 1831. 2. Terminação do pátrio poder. 3. Doutrina postenor. 4.

República

§ 976. *Definição e natureza do pátrio poder no direito atual.* 1. Definição. 2. Adoção. 3. Pessoas sujeitas ao pátrio poder. 4. Código Civil, art. 383. 5. —Adulterinos‖ e —incestuosos‘. 6. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 21; Código Civil, arts. 379 e 380. 7. Irrenunciabilidade

§ *977. A quem compete o pátrio poder.* 1. Pai, mãe. 2.Anulação de casamento. 3. Putatividade do casamento.

4.Adoção. 5. Legitimação. 6. Casamento anulável

§ 978. *Quando a mulher exerce o pátrio poder.* 1. Mãe. 2. Casos. 3. Putatividade do casamento. 4. Adoção

§ 979. *Pátrio poder quanto à pessoa dos filhos.* 1. Código Civil, art. 384. 2. Ação específica. 3. Vênia. 4. Deveres e direitos

§ 980. *Pátrio poder quanto aos bens dos filhos.* 1. Titular do pátrio poder, administrador e usufrutuário. 2. Atos que se não podem praticar. 3. Usufruto legal. 4. Restituição. 5. Ação do filho. 6. Legitimação ativa. 7. Fiscalização da administração

§ 981. *Incapacidade do filho-famílias.* 1. Direito romano, direito anterior. 2. Usufruto e administração do pai; atos que o menor pode praticar. 3. Nulidades. 4. Demandas. 5. Vênia. *6.* Curador *in litem*

§ 982. *Invalidades dos atos praticados por menores.* 1. Nulidade. 2. Anulabilidade. 3. Código Civil, art. 155. 4. Art.

5.Menor mandatário. 6. Fiança

§ 983. *Caso especial de pátrio poder.* 1. Viuvez. 2. O que fica ao titular. 3. Excluido da sucessão. 4. Tutela provisória. 5. Alterações ao pátrio poder

§ 984. *Curador especial.* 1. Código Civil, art. 387. 2. De direito civil. 8. Natureza das funções. 4. Especialização da hipoteca legal

§ 985. *Responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos.* 1. Pátrio poder e companhia. 2. Pai e menor de dezesseis anos. 3. Guarda do filho. 4. Elementos da responsabilidade. 5. Separação Judicial e anulação do casamento.

6.Responsabilidade de ambos os pais. 7. Entrega a outrem

§ 986. *Suspensão do pátrio poder.* 1. Abuso do pátrio poder. 2. —Suspende-se‖. 3. Suspensão total. 4. Causa da suspensão, se cessa

§ 987. *Fontes e finalidade do art. 394.* 1. Direito anterior 2. Fontes do art. 394. 3. Papel da justiça. 4. Competência

§ 988. *Competência para aplicação do art. 394.* 1. Separação Judicial, nulidade e anulação. 2. Juízo do cível e juiz da infância e da juventude. 3. Mudança da legislação sobre pátrio poder

§ 989. *Regras de interpretação para o art. 394.* 1. Interferência do juiz. 2. Direitos do pai, deveres. 3. Relações sociais. 4. Direito italiano. 5. Direito alemão

s.

§ 990. *Conteúdo do art. 394.* 1. Suspensão e modificação. 2. Prejuizo

provável. 3. Prejuízos materiais —possíveis‖. 4.

Ambito da familia. 5. Culpa. 6. Fundamentos suficientes. 7. Mãe. 8.Apreciação das circunstâncias. 9. Abuso do pátrio poder.10.Perda do pátrio poder

§ 991. *Medidas que o juiz pode tomar.* 1. Evolução legislativa. 2. Exemplificação. 3. Elaboração do art. 394. 4. Ar-bítrio do juiz. 5. Suspensão total. 6. Tutor *ad hoc. 7.* Tempo e extensão subjetiva da medida

§ 992. *Perda do pátrio poder.* 1. Novas núpcias da mãe. 2.Código Civil, arts. 393 e 395. 3. Bem do filho. 4. Retirada total dos direitos. 5. Passagem do pátrio poder ou de alguns elementos. 6. O juiz dos arts. 10-14 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. 7. Adoção

§ 993. *Extinção do pátrio poder.* 1. Código Civil, art. 392.2.Casos. 3. Renúncia **Capítulo II**

Adoção

§ 994. *Natureza jurídica e histórica da adoção.* 1. Definição. 2. Direito romano. 3. Século III. 4. Origens remotas.

5.Caráter fictício da adoção. 6. Ordenações Filipinas

§ 995. *Requisitos necessários para a adoção no direito atual.* 1. Política legislativa. 2. Pressupostos necessários quanto ao adotante. 3. Prole do adotante. 4. Problema novo.5. Filho legitimado. 6. Pressupostos necessários quanto ao adotado

§ 996. *Formalidades da adoção.* 1. Escritura pública. 2. Interpretação do art. 375. 3. Condição e termo

§ 997. *Efeitos da adoção.* 1. Parentesco. 2. Tempo de eficácia. 3. Outros efeitos. Direito de representação

§ 998. *Adoção inexistente, nula e anulável; dissolução.* 1. Inexistente. 2. Nula. 3. Anulável. 4. Dissolução. 5. Parentesco. 6. Pluralidade de adoções

§ 999. *Extinção da adoção.* 1. Desligação unilateral. 2. Código Civil, art. 374. 3. Convenção. 4. Nem preclusão nem prescrição. 5. Cessação segundo o art. 374, II

Capítulo III

Alimentos

§ 1.000. *Definição e espécies de alimentos.* 1. Definição.2. Alimentos naturais e civis. 3. Legítimos, deixados, prome tidos. 4. Alimentos provisionais

§ 1.001. *Pretensão e obrigação de prestar alimentos.* 1. *Cibaria, vestitus, habitatio, valetudinis impendia.* 2. Se o parente os pode prestar. 3. Recursos do alimentante. 4. Enterro. 5. Concurso de obrigações alimentares. 6. Parentesco fora da relação do casamento. 7. Pensão alimenticia. 8. Fraude contra credores. 9. Escala dos devedores de alimentos. 10. Alimentos e serviços dos filhos

Capítulo IV

Tutela

§ 1.002. *Quem é obrigado a prestar alimentos aos filhos.* 1. Pais e regime matrimonial de bens. 2. Regimes matrimo-s.

niais de bens. 3. Separação consensual. 4. Separação litigiosa. 5. Alimentos prestados pelos pais. 6. Mãe. 7. Titular do pátrio poder. 8. Duas obrigações alimentares distintas.9. Avós. 10. Descendentes

§ 1.003. *Alimentos aos filhos reconhecidos.* 1. Ordem da obrigação. 2. Na falta dos pais. 3. Na falta de ascendentes

§ 1.004. *Filhos havidos fora do matrimônio e sua alimentação.* 1. Direito romano e direito canônico. 2. Código Civil.

3. Regras

§ 1.005. *Alimentos ao adotado e ao adotante.* 1. Duas obrigações alimentares. 2. Direitos do adotado. 3. Parentesco oriundo da adoção. 4. Obrigados a prestar alimentos ao adotado. 5. Obrigados a prestar alimentos ao adotante

§ 1.006. *Reciprocidade da obrigação alimentar* 1. Ascendentes e descendentes; colaterais. 2. Irmãos; adotante e adotado

§ 1.007. *Regras jurídicas especiais quanto ao direito e ao deuer alimentar.* 1. Intransmissibilidade da obrigação. 2.

Falecimento do alimentário. 3. Irrenunciabilidade. 4. Intransacionabilidade. 5. Incompensabilidade. 6. Não se restituem alimentos. 7. lnseqúestrabilidade. 8. Fixação. 9. O que compreendem. 10. Se compreendem a instrução

§ 1.008. *Alteração na taxa de alimentos.* 1. Mudança das circunstâncias subjetivas (alimentante). 2. Exoneração. 3.

Mudança das circunstâncias subjetivas (alimentado). 4. Gravidez.

§ 1.009. *Ação de alimentos.* 1. Ordinária ou sumária: direito anterior; Código de Processo Civil, art. 100,11. 2. Prejudicial. 3. Alimentos futuros. 4. Ação de alimentos e defesa do réu. 5. Prestações futuras

§ 1.010. *Alimentos provisionais.* 1. Direito material e direito formal. 2. Finalidade, 3. Férias. 4. Regras

§ 1.011. *Fundamento da tutela.* 1. Divisão temporal da vida humana. 2. Proteção dos menores: direito romano, direito reinicola. 3. Mulheres

§ 1.012. *Definição e espécies de tutela.* 1. Definição.2.Tutela testamentária, legitima, dativa. 3. Código Civil, art. 406.

4. Ignorância do estado civil do menor. 5. Suspensão do pátrio poder. 6. Principio da autonomia da tutela. 7.Protutor 8. Principio da unidade e indivisibilidade da tutela

§ 1.013. *Menores sob tutela.* 1. Quando cabe a tutela.2.Menores até os dezesseis anos. 3. Menores após os dezesseis anos. 4. Atos ilícitos. 5. Poder, guarda, companhia.6.Tutela precária. 7. Tutela dos filhos havidos fora do casamento

§ 1.014. *Tutela testamentária.* 1. Como se confere. 2. O direito de nomear tutor. 3. Ato jurídico da nomeação. 4. Pai ou mãe sem pátrio poder. 5. Condições inexistentes. 6. Nulas. 7. Juridicamente impossíveis. 8. Testamento. 9. Preterição.10.Direito cogente. 11. Ato perfeito

§ 1.015. *Tutela legitima.* 1. Direito romano; antigo direito português. 2. Código Civil. 3. Múnus. 4. Parentesco. 5.

Idoneidade. 6. Vocação

§ 1.016. *Tutela dativa.* 1. Código Civil, art. 410. 2. Pressupostos. 3. Mãe que contraiu novas núpcias. 4.

Padrasto.5.Mãe que perdia o pátrio poder. 6. Menor abandonado.7.Os que se oferecem para ser tutores. 8. Mudança de residência.

§ 1.017. *Tutela dos menores abandonados.* 1. Escolha e nomeação judiciais. 2. Casos. 3. Trecho de Pereira de Carvalho

§ 1.018. *Incapacidade para ser tutor.* 1. Código Civil, art. 413. 2. Quem não pode ser tutor; exoneração. 3. Magistrados, escrivães, oficiais de justiça, membros do Ministério Público. 4. Representantes de fora da Capital Federal.

5. Função pública. 6. Incompatibilidade com a mãe do menor 7. Vida desregrada. 8. Remoção

§ 1.019. *Escusa dos tutores.* 1. Incapacidade e escusa. 2.Dever de aceitar. 3. Quando se apresenta a escusa. 4. Código Civil, art. 417. 5. Mulher

§ 1.020. *Garantia da tutela.* 1. Código Civil, arts. 418 e 419. 2. Código Civil, art. 420. 3. Juiz s.

§ 1.021. *Exercício da tutela.* 1. *Auctoritas e gestio.* 2. Menor de sete anos no direito romano; direito vigente quanto a poderes e deveres do tutor. 3. Em geral. 4. Quanto à pessoa. 5. Quanto aos bens

§ 1.022. *Atos que o tutor náZ pode praticar.* 1. Código Civil, art. 428. 2. Vedações absolutas. 3. Aquisições, arrendamentos. 4. Ação contra o menor. 5. Curador

§ 1.023. *Nulidades e anulações.* 1. Causas. 2. Legitimação ativa. 3. Prescrição. 4. Representação. 5. Ação de nulidade

§ 1.024. *Curador especial para herança e legado ao menor.* 1. Instituição. 2. Poderes e deveres. 3. Sem autorização judicial

§ 1.025. *Responsabilidade do tutor e do juiz.* 1. Código Civil, arts. 411 e 412. 2. Ação. 3. Fiador

§ 1.026. *Pagamento e gratificação ao tutor.* 1. O que o tutor despende; gratificação. 2. Percentagem. 3. Rendimentos.

4. Prêmio prefixado. 5. Aceitação

§ 1.027. *Bens de tutelados.* 1. Código Civil, art. 432. 2.Emprego do dinheiro. 3. Valores; Código Civil, *art.* 433.

4.Demora na aplicação

§ 1.028. *Prestação de contas da tutela.* 1. Dever de prestar contas. 2. Duas fases da prestação. 3. Ação. 4. Receita.

5. Despesa. 6. Quitação

§ 1.029. *Cessação da tutela e seus efeitos.* 1. Código Civil,arts. 442-445. 2. Terminação da tutela **Capítulo V**

Curatela

§ 1.030. *Definição e espécies de curatela.* 1. Definição. 2.Espécies. 3. Curatelas especiais. 4. Direito de família e direito das sucessões. 5. Curadores. 6. O que abrange a curatela. 7. Curatela e tutela. 8. Espécies intermediárias.

9. Código Civil. art. 446. 10. Poderes

§ 1.031. *Curatela dos loucos.* 1. Neuróticos e psicóticos.2.—Loucos‖. 3. Obrigações. 4. Fiança. 5. Obrigações nulas e anuláveis. 6. Código Civil, art. 450. 7. Art. 475

§ 1.032. *Curatela dos neuróticos e dos psicóticos.* 1. Textos de 1921 e de 1934. 2. Administrador provisório e curador

§ 1.033. *Curatela dos surdos-mudos.* 1. Código Civil, art. 451. 2. Gradações. 3. Adaptação. 4. Representação.

5. Critica à lei. 6. Nulidades. 7. Cisão dos atos. 8. Casamento. 9. Capacidade nupcial. 10. Direito comparado. 11. Testamento

§ 1.034. *Curatela dos pródigos.* 1. Definição. 2. Doentes. 3. Interdição. 4. Síndrome. 5. Nocividade. 6. Prodigalidade agravada. 7. Incapacidade relativa. 8. Casamento

§ 1.035. *O que compete ao curador do pródigo.* 1. Atos livres. 2. Demandas. 3. Atos do curador

§ 1.036. *Proteção legal da pessoa* dos *interditos.* 1. Deveres *e* garantias. 2. —Loucos de todo o gênero‖. 3. Função do curador. 4. Curadorias extensivas. 5. Responsabilidade.6. Juiz. 7. Recolhimento dos loucos. 8. Surdo-mudo. 9. Pró-

§ 1.037. *A quem compete promover a interdição dos loucos e dos surdos-mudos.* 1. Código Civil, art. 447. 2. Interpretação do art. 447. 3. Ministério Público

§ 1.038. *Quem pode promover a interdição do pródigo.* 1. Código Civil, art. 460. 2. Legitimação ativa. 3. Pródigo louco ou psicótico. 4. Solução. 5. Art. 456

§ 1.039. *Curador à lide ao argúido de incapacidade.* 1. Defensor 2. Histórico. 3. Curador especial

§ 1.040. *Sentença de interdição.* 1. Eficácia *ex tunc.* 2. Incapacidade e eficácia da sentença constitutiva. 3. Dois perío-s.

dos. 4. Nulidades. 5. Gradações à loucura. 6. Casamento. 7. Surdos-mudos. 8. Pródigo

§ 1.041. *Curatela do nascituro.* 1. *Nasciturus pro iam nato habetur.* 2. Pátrio poder 3. Mãe interdita. 4. Legitimação ativa. 5. Fins da curadoria. 6. Tutela e curatela. 7. Capacidade especial

§ 1.042. *A quem se deferem lis curadorias.* 1. As regras gerais. 2. Cônjuge. 3. Na falta de cônjuge

§ 1.043. *Incapazes de exercer a curatela.* 1. Incapacidade geral e especial. 2. Curatelas

§ 1.044. *Escusa dos curadores.* 1. Casos. 2. Aceitação

§ 1.045. *Garantia da curatela.* 1. Hipoteca legal. 2. Bens do interdito. 3. Cônjuge curador. 4. Juiz

§ 1.046. *Exercício das curadorias quanto aos bens.* 1. Estranhos quando curadores. 2. Pais. 3. Menores. 4. Cônjuge

§ 1.047. *Atos do marido quando curador.* 1. Código Civil, art. 455. 2. Marido curador. 3. Bens particulares. 4. Autorização judicial. 5. Poderes

§ 1.048. *Atos da mulher quando curadora.* 1. Marido interdito. 2. Poderes da mulher. 3. Atos nulos. 4. Demandas. 5.

Autorização judicial

§ 1.049. *Quando terminam as curadorias.* 1. Loucos e surdos-mudos. 2. Pródigos. 3. Nascituro **Capítulo VI**

Ausência

§ 1.050. *Curadorias de ausentes.* 1. Curadoria *ad litem.* 2. Direito de família, direito das sucessões. 3. Código Civil e Código de Processo Civil. 4. Nova divergência. 5. Código de Processo Civil de 1939, art. 580

§ 1.051. *Arrecadação dos bens e curatela do ausente.* 1. Definição de ausente. 2. —Domicílio‖. 3. Arrecadação.

4. Curador. 5. A quem se defere a curadoria. 6. Regras de direito de família. 7. Bens em desamparo. 8. Herança vacante. 9. Filhos

§ 1.052. *Sucessão provisória.* 1. Código Civil, art. 469, e Código de Processo Civil, art. 1.163. 2. *Successio proema-tura.* 3. —Interessados‖. 4. Fim da sucessão provisória. 5. Presunção *iuris vel iuris tantum;* artigos de habilitação. 6. Se não comparecem herdeiros

§ 1.053. *Deferência da sucessão provisória.* 1. —Como se o ausente fosse falecido‖. 2. Caução. 3. Ordem legal. 4.

Responsabilidade da herança. 5. Bens vinculados. 6. Encargos.7. Direito de representação. 8. Ações pendentes e futuras. 9. Código Civil, art. 477. 10. Prestação de contas

§ 1.054. *Herdeiros presuntivos que se excluem da sucessão provisória.* 1. Herdeiros necessários e não-necessários.

2. Ficção. 3. Casos de exclusão. 4. Afastamento da exclusão. 5. Efeitos da exclusão. 6. Testamento. 7. Ascendentes deserdantes. 8. Descendentes. 9. Não-prestação da garantia

§ 1.055. *Garantias dos quinhões deferidos.* 1. Código Civil, arts.. 472 e 473. 2. Falta da garantia. 3. Imóveis. 4.

Código Civil, arts.. 474 e 1.777

§ 1.056. *Se não existem interessados na sucessão provisária.* 1. Ministério Público. 2. Se não aparecem herdeiros .

§ 1.057. *Termo da sucessão provisória.* 1. Curadoria provisória. 2. Casos de terminação. 3. Falecimento do ausente.

§ 1.058. *Sucessão definitiva.* 1. Curadoria definitiva. 2. Casos. 3. Consequências. 4. —Bens de ausentes‖. 5. Regresso do ausente. 6. Sucessão pelo Estado. 7. Sucessão definitiva do Estado, na arrecadação de bens de ausentes 460

s.

LIVRO II

Direito de família

Direito Parental

Capítulo 1

Relações de Parentesco

§ 946. Definições e espécies de parentesco

1. *Parentesco.* Parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum *(consangíiinidade),* que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro *(afinidade),* ou que se estabelece, por *fictio luris,* entre o adotado e o adotante.

2. *Natural, afim, civil.* O parentesco pode ser, portanto: *a) consangúineo* ou *natural,* quando se funda na igualdade de sangue; *b) afim,* quando se forma entre um indivíduo e a família de outro, por intermédio da união sexual; *c) meramente civil,* quando emana, tão-só, do contrato de adoção. Esse discrime conceptual não mais se justifica sob a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, e o Código Civil, art. 332, que dele se ocupava, veio a ser revogado pela Lei nº

8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10.

3. *Legítimo, ilegítimo.* No direito anterior, o parentesco consangúineo e o afim também se distinguiam em: *a) legítimo,* se provinha de matrimônio válido ou putativo, em favor de ambos os cônjuges, ou por força de lei especial, do casamento anulável, ou outra situação, — o casamento putativo em favor de um só dos cônjuges e o anulável também geravam parentesco legítimo entre pais e filhos; mas, no casamento anulável, a afinidade era ilegítima, e, no putativo em relação a um só dos cônjuges, só esse era afim legitimo dos parentes do outro; *b) ilegítimo,* se dimanava de ajuntamento sexual ilícito. Tais enunciados — a que o Código Civil, art. 332, V parte, se reportava — perderam sua *ratio essendi* discriminatória.

4. *Adoção.* A adoção só estabelece parentesco — que na sistemática anterior se caracterizava *civil* — civil entre o adotante e o adotado; embora, para os efeitos dos impedimentos matrimoniais, a lei vincule outras pessoas próximas de um e de outro: o viúvo do adotante, o filho superveniente do pai ou da mãe adotiva e o viúvo ou viúva do adotado (Código Civil, arts. 183,1,111 e V e 376; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 41, *pr, in fine).*

5.

Transversal. No parentesco transversal cumpre ainda~ que se distingam: *a)* os irmãos *germanos* ou *bilaterais,* isto é, os filhos do mesmo pai e da mesma mãe; *b)* os irmãos *unilaterais.* que são irmãos apenas por parte de pai *(consangúineos),* ou somente por parte de mãe *(uterinos).*

6. Família e parentesco. Ação declaratória. O Código Civil, àsemelhança de outras leis civis estrangeiras, entendeu de definir parentesco, linhas, espécies de parentesco e graus. No art. 330 disse que —são parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes‖. E no art. 331: —São parentes, em linha colateral ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra. Por onde se vê que *família* e *parentesco* são categorias distintas. O cônjuge pertence à família, e não é parente do outro cônjuge, posto que seja parente afim dos parentes consangúíneos do outro cônjuge. E possível *ação declaratória* do parentesco, ainda que se não alegue ligação a qualquer outro interesse. Basta o interesse mesmo do parentesco (Código de Processo Civil, art. 49, 1 e 11). Lia-se no art. 332 do Código Civil, antes da revogação operada pela Lei nº 8.560, art. 10: —O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangtiinidade, ou adoção.‘ Aqui, convém lembrar particularidade do Código Civil alemão: na antiga redação do § 1.589, alínea 21 *(Em uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht ais verwandt.),* o s.

filho ilegítimo não tinha relação (jurídica) de parentesco com o pai. O verbo *gelten* era impróprio: não se consideravam em direito civil, como parentes, o filho ilegítimo e o pai. Mas o *fato* (a relação natural, fática) era importante para a legitimação (§§ 1.719 e 1.723) e para a impediência matrimonial (§ 1.310, alínea 31ª antes da Lei de 20 de

fevereiro de 1946). Escusado é frisar-se quão inconveniente era a regra jurídica do § 1.589, alínea 21: existe, no direito alemão, parentesco de sangue sem que a lei importe tal fato material, como se não visse as relações parentais, necessariamente, aí, em ângulo (filho, pai; filho, mãe). Com isso, favoreceu-se a mulher, a fim de que só seu, juridicamente, fosse o filho, porém não se favoreceu, de ordinário, o filho, e se tratou arbitrariamente o genitor Não se protegem os que são fracos, ou se supõem fracos, fazendo-se mais fortes do que os outros. Toda proteção há de ser para igualar.

7. *Código Civil, art. 332.* Abaixo do revogado art. 332 do Código Civil, Clovis Bevilacqua falou dos ilegítimos como se se distinguissem em naturais e espúrios. Ora, seria fazer-se a lei dizer o que ela não dissera. O Projeto primitivo, art. 389, distinguia: —O parentesco é legitimo ou ilegítimo, segundo é ou não oriundo de casamento.‖ No Projeto revisto, art. 414, reproduziu-se o preceito. No Senado Federal, propôs-se o acréscimo: —natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção‖ (art. 338). As expressões *natural e civil,* na boa terminologia, tinham tal significação em dicotomia. O senador Rui Barbosa atendeu a isso, no seu *Parecer* (182), depois de reproduzir a divisão dos Projetos primitivos e revistos (—O parentesco é legítimo, ou ilegítimo.‖):

—Classificação incompleta. O art. 342 refere-se ao —parentesco civil‖, e o art. 385 contrapõe a esse o *"parentesco natural".* Cumpre inteirar, pois, a enumeração, aqui imperfeita.‖ Por isso, redigiu a parte final, tal como passou ao Código Civil. A lei tinha definição; e estava certa. Não havia razão para se persistir em definições erradas que Clovis Bevilacqua desatentarnente introduzira em seus comentários.

§ 947. Linhas do parentesco

1.

Linha reta, linha colateral. Dizem-se parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes (art. 330). Por exemplo: o pai e o filho; o neto e o avô. São parentes, em linha *colateral (quasi a latere),* ou *transversa!,* até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco sem descenderem

uma da outra (art. 331). Por exemplo: dois irmãos, culo autor comum é o pai; o sobrinho e o tio, cujo ascendente comum é o avô. O Código Civil deu o processo da contagem (art. 333): —Contam-Se, na linha reta, os graus de parentesco, pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo, porém, de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo, depois, até encontrar o outro parente.‖

No direito romano, havia a *agnatio* e a *cognatio.* A agnação fundava-se na *patria potestas:* agnados eram os que viviam sob o pátrio poder de alguém, ou que, se ainda existisse o titular do pátrio poder, sob ele viveriam. Não era elemento necessário o parentesco de sangue. O filho que se emancipava perdia o vinculo da agnação. O adotado ganhava-o. Parexttesco de sangue era a cognação. É digno de notar-se que, no antigo direito romano, o que importava era a agnação. Foi o direito pretório e o direito moderno que trouxeram à primeira plana a cognação, principalmente no tocante á sucessão hereditária.

2. Materna, P *aterna.* Os parentes *diretos* ou *colaterais* de uma pessoa podem ser *maternos* ou *paternos:* maternos, quando o vínculo procede da mãe; paternos, quando se origina do pai. Exemplos: o avô do pai é bisavô paterno da pessoa de que se trata; a irmã da mãe de um individuo é tia materna dele. A linha reta é infinita: todos os que se acham entre si na relação de ascendentes e descendentes são vinculados em linha reta. A linha colateral, ou transversal, limita-se aos parentes até o sexto grau.

3. *Ascendente, descendente.* Chama-se linha reta ascendente a que se observa dos filhos para os genitores, isto é, remontando se da geração às anteriores. Exemplo: pai, avô, bisavô etc. Chama-se linha reta descendente a que se traça descendo, isto e, vindo da geração remota às mais próximas. Exemplo: bisavô, avô etc.

s.

§ 948. Contagem dos graus

1.

Definição. Grau é a distância que existe entre dois parentes. Na linha reta, contam-se os graus de parentesco pelas gerações (art. 333). Assim, o pai e o filho são parentes no primeiro grau; o avô e o neto, no segundo; o bisavô e o bisneto no terceiro.

2.

Parentesco colateral. Não é tão fácil a contagem dos graus no parentesco colateral. Os parentes em linha transversal não descendem uns dos outros, mas de *tronco com uni,* de modo que, para se medir a distância que separa dois parentes colaterais, se têm de considerar duas linhas distintas, que possuam o seu ponto de convergência no autor comum. Por exemplo: no parentesco entre o tio e o sobrinho, há duas linhas a medir — a que vem do avo (tronco comum) ao tio, a que vem do avô ao sobrinho daquele e neto desse. (O direito romano contava os graus pelos nascimentos ocorridos. Por influência germânica, o direito canônico somente estabeleceu outro cômputo para *o* parentesco colateral: o tronco é que importa; contam-se os graus pelo lado do tronco; em caso de desigualdade das linhas, pela maior. Assim, os irmaos, que, pelo direito romano, são parentes do segundo grau, estão em primeiro grau, conforme o direito canônico. Em direito romano, os filhos de irmãos são parentes em quarto grau; em direito canônico, em segundo grau. Tio e sobrinho são parentes de terceiro grau, por direito romano; por direito canônico, de segundo grau, desigual.)

A legislação depois de 1930 apresentou graves erros na contagem dos graus. Mas ou foram eles emendados por leis postenores, ou a doutrina mesma procedeu à correção, pois que a errônea era reveladora de perigosa meia-ciência.

3. *Gradus dicti sunt a sim ilitudine scalaruum.* O traço de união existente entre dois parentes colaterais é o autor comum; de modo que, para se calcular a distância existente entre eles, ou, melhor, para se contarem os graus de parentesco, se devem somar as distâncias que vão de cada

um deles ao autor comum, ou desse a cada um deles, o que dá o mesmo resultado (Teixeira de Freitas, *Vocabulário Jurídico,* 485). Assim, dois irmãos são parentes no segundo grau, porque de um deles ao pai vai um grau, ou distância, e, do pai ao outro, vai outro grau. Total: dois graus. Para melhor apresentar, em esquemas, a figura do parentesco colateral, tracemos escala dupla, encimada pelo autor ou tronco comum, e na qual cada geração se representa por um grau da escala: *Gradus dicti sunt a similitudine scalaruum.* Primeiro vejamos o parentesco entre irmãos e entre primos: aqueles, parentes em segundo grau; esses, em quarto: (fig. 1)

Pai ou mãe

1

1

Total: 2 graus

Irmão Irmão

Avô ou Avó

2 1

Genitor Genitor Total: 4 graus do primo

do primo

1 Primo

2 Primo

Pelos esquemas ao lado, sabe-se que os irmãos são parentes em segundo grau, e os primos em quarto.

Vejamos, agora, o parentesco entre sobrinhos e tios

Os tios podem ser *primeiros,* quando irmãos do pai ou da mãe do sobrinho, e *segundos* (tios-avôs), quando irmãos do avô ou da avô do sobrinho.

A contagem dos graus que desprezasse os graus da linha menor não exprimiria bem a realidade; nem se poderia saber, ao cedo, qual a proximidade do parentesco. Por exemplo: o filho do tio-avô seria tão próximo quanto o neto do s.

tio-avô. A isso obviou a contagem nas duas linhas, que alude à sugestão mesma da geração, que é bilateral.

Na árvore que em seguida (fig. 2) inserimos pode-se perceber quanto mais vantajoso e verídico é o cômputo pelos dois lados.

4.

Começo da contagem. Do que acima entalhamos conclui-se que o parentesco ascendente (filho, pai), ou descendente (pai, filho), começa do primeiro grau, ao passo que o parentesco colateral só principia do segundo: *Superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea, quae ex transverso numeratur, a secundo (Pr.,* 1., *de gradibus cognation is,* 3, 6). Na linha colateral não há, portanto, primeiro grau. No segundo estão o irmão e a irma.

No terceiro, o tio, irmão do pai *(patruus),* ou irmão da mãe *(avunculus),* a tia, irmã do pai *(amita),* ou irmã da mãe *(matertera).* No quarto, os netos e netas do irmão, ou irmã *(fratris sororisque nepos, nepis),* os tios-avós *(patruus magnus, amita magna, id est, avi frater et soror),* os primos ou primas, isto é, os filhos de um irmão ou uma irmã e os de outro irmão ou outra irmã. O parentesco colateral vai até o sexto grau, de forma que, se a soma das duas linhas perfaz sete graus, ou mais, as pessoas não são mais consideradas *parentes.* Por exemplo: no último esquema acima, O

neto do sobrinho e o filho do tio-avô não seriam mais parentes,

5.

Tábua do parentesco. Já os Romanos, conhecendo as dificuldades, para

o vulgo, da contagem dos graus, usavam tábuas ou quadros em que o esquema suprisse o trabalho mental. Dizem as Institutas (§ *9,* 1., *de gradibus cognation is,* 3, 6): —... como a verdade se grava melhor no espírito humano pelo testemunho dos olhos do que pelos ouvidos *(cum magis ventas oculata fide quam per aures animis hominum injigitur),* julgamos necessário traçar, de acordo com a enumeração dos graus, um quadro, a fim de que os jovens possam perceber a doutrina, assim pelos ouvidos como pelos olhos.‖ Seguia-se o quadro dos graus de cognação, que não chegou até nós.

6. Linha reta, linha colateral. Para facilitar a verificação de momento, tracemos árvore genealógica em que se encontrem todas as pessoas que a lei reputa parentes consangúíneos, isto é, na linha reta, *in irifinitum:* na linha colateral, até o sexto grau pois que distariam um do outro sete graus. Tais pessoas não tinham entre si, *direito sucessório* (art. 1.603, IV, combinado com o art. 331). Hoje, só herdam legitimamente ascendentes, descendentes, cônjuge, irmãos, sobrinhos, tios e primos (49 grau; Decreto-Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, art. 1ª) e o Estadc.

Segundo o Decreto-Lei nº 9,461, de 15 de julho de 1946, o art. 1.612 passou a ter a seguinte redação: —Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1.611, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.‖ (E de notar-se a impropriedade do termo —incapacidade‖. O cônjuge para a contagem, basta ir-se de uma pessoa a outra, contando-se os traços retos que correspondem às gerações ou graus.

Na linha colateral, diz-se *pleno* ou *cheio* o parentesco oriundo do mesmo par andrógino, *meio* ou *semi-cheio* o parentesco entre pessoas que só têm em comum o pai, o avô, o bisavô, ou a mãe, a avó, a bisavó, e assim por diante.

O parentesco colateral pode reforçar-se se há mais de um parentesco pleno, porém tal reforçamento não se leva em conta. O parentesco pleno tem importância para a sucessão, pois há representação nas duas linhas.

2. *Afins não são entre si afins.* O vinculo só existe, reciprocamente, entre cada cônjuge e os parentes de seu consorte, e não entre os afins de um cônjuge com os afins do outro: *Affines inter se non sunt affines.* Assim, os irmãos do marido são afins da mulher, e os irmãos da mulher afins do marido, mas os irmãos da mulher e os do marido não

são afins entre si.

3.

Legítima, ilegítima. A afinidade pode derivar de casamento válido ou putativo, de casamento nulo ou anulável, de casamento inexistente e, até, de uniões sem nenhuma aparência de matrimô nio. Na sistemática anterior, qualificava-se —legitima‖ a afinidade quando se originava de casamento válido, *ex nuptiis,* ou de casamento putativo em favor de ambos os cônjuges. No casamento putativo em favor de um só dos cônjuges, a afinidade só era legítima em relação a ele. Era —ilegítima‖ a afinidade quando provinha de casamento nulo (não-anulável), ou inexistente, ou de uniões sem nenhuma feição ou caráter de matrimônio, como o concubinato, o simples coito passageiro etc. A despeito do princípio *Affinitatis causa fit ex nuptiis,* já o direito romano admitia a aliança proveniente do *matrimonium non iustum* e do próprio *contubernium* (L. 14, §§ 2 e 3, D., *de ritu nuptiarum,* 23, 2). Em resumo: tratava-se de vinculo jurídico entre os parentes de um dos cônjuges e o outro cônjuge, em casamento não-nulo ou putativo (afinidade —legitima‖), ou entre os parentes de uma pessoa e a que com ela teve relações sexuais em união não-matrimonial, ou em união matrimonial nula, e não-putativa (afinidade —ilegítima‖).

4. Duas linhas. Cada matrimônio, ou união sexual, gera duas linhas de afinidade: *a)* os parentes do marido, que são afins da mulher; *b)* os parentes da mulher, que são afins do marido.

s.

Se o casamento se julga putativo apenas em favor de um cônjuge, só entre esse e os parentes do outro se estabelece afinidade que, anteriormente, era dita ═legitima‖; o culpado era afim —ilegítimo‖ dos parentes do inocente.

5.

Proposições sobre afinidade. Por ser, caracteristicamente, laço entre o homem e os parentes da mulher, ou entre a mulher e os parentes do homem, a afinidade não vai além dessas pessoas, nem as faz *afins* entre si. Donde resulta: *a)* Os parentes de um dos cônjuges, conquanto

sejam afins do outro cônjuge, não no são dos parentes dele: *Aflinitas non egreditur ex persona.* Por exemplo:

os meus tios não são afins do meu sogro. *b)* Os afins de um cônjuge não são afins dos afins do outro: *Aflines inter se* non *sunt affines.* Assim, os maridos de duas irmãs não são afins entre si. *c)* As pessoas afins de um dos cônjuges em virtude de primeiro casamento não têm laços de afinidade com a pessoa com que o viúvo, ou a viúva, contrai novas núpcias: *Afim itas affinitatem non generat.*

6. Dissolução do casamento. Na linha transversal, dissolvido o casamento, que a originou, cessa a aliança, ou a afinidade; mas, na linha reta, a afinidade persiste, ainda depois de se dissolver o matrimônio. Diz o Código Civil, art.

335: —A afinidade, na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou.‖ Tal regra jurídica vem criar e assentar doutrina. Pelo direito romano, dissolvido o casamento, acabava a afinidade: *Adfmnitates* non *eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes* (L. 3, § 1, D., *de postulando,* 3, 1).

Loysel formulou a regra costumeira do direito francês: *Morte ma fille, mort* mon *gendre.* Todavia, pelo direito canônico, tinha-se assente outro principio: *Affmnitas in superstite non deletur;* e o direito francês mais a esse seguiu do que àquele. O Código Civil, admitindo a perpetuidade da afinidade em linha reta, prestou serviço moral às relações civis, principalmente quanto a impedimentos matrimoniais, o que, aliás, a despeito do princípio contrário formulado pelos Romanos, já entre eles havia (L. 2, C. Th., *de* incest. *nupt.,* 3, 12; L. 5, C., *de incestis,* 5, 5; §§ 6-8, 1., *de nuptiis,* 1, 10). No Livro 1, 10, §§ 6 e 7, das Institutas, já se dizia: Existem mulheres, com as quais, em consideração à afinidade, não se deve alguém casar: assim não é lícito casar com sua enteada, ou sua nora, porque uma e outra estão na situação de filha *(privignam aut nurum uxorem ducere* non *licet, quia utraeque filiae loco sunt).*

Tal impedimento existia, como hoje, entre o individuo e a sogra, ou a madrasta: *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, qula matris loco sunt.* Assim morto o filho, ou a mulher, não cessava o impedimento quanto ao casar com a nora, ou a enteada; porque a regra vedativa concernia justamente às pessoas que foram noras, enteadas, sogras, ou madrastas: *quod et ipsum dissoluta dernum adjinitate procedit.* Proibição de casar com a nora, na vigência real da

afinidade, seria ociosa, supérflua, porque se trataria, então, de pessoa já casada, e o impedimento consistiria em vedar a bigamia, e não o casamento entre afins em linha reta. Se a pessoa, a que se alude, é ainda vossa sogra, isto é, se sua filha é ainda vossa mulher, o que impede de casar é que não podeis ter duas mulheres *(duas uxores)* ao mesmo tempo; si *adhuc socrus est, id est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur tibi nuptiae, quia duas uxores habere non possis.* O Código Civil coincide, portanto, na matéria impedimental, com o direito romano. Assim, o sogro e o genro continuam de ser parentes afins depois de morta a filha; a madrasta e o enteado continuam parentes afins, após a morte do pai dele e marido dela; o parentesco afim não termina ente o viúvo e o avô, a avó, a bisavó e mais ascendentes da sua mulher etc. Acaba-se a afinidade, com a morte de um dos cônjuges, entre o sobre-vivente e o cunhado, ou qualquer dos parentes colaterais do premorto. No sentido do que escrevemos nas edições anteriores, a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 3 de setembro de 1943 *(RT* 162/291).

As segundas núpcias nada obstam à afinidade na linha reta. Em Consequência disso, A, que foi casada com E, enviuvou e casou com C, de quem também enviuvou, continua nora do pai de B e do pai de C, da mãe de A e da mãe de C. Em verdade, a eficácia de tal relação de parentesco é infima, devido à só se poder pensar no impedimento matrimonial. Não ésem ceda razão de ser a regra jurídica do art. 335, porque a deixa testamentária do pai de E —a minhas noras‖, lhe aproveitaria e o legado —aos meus netos‖, ou aos seus genitores (ou a minhas noras), na falta dele, também lhe aproveitaria.

7. *Regras para a contagem dos graus.* Para a contagem dos graus do parentesco afim, seguem-se, por analogia, as regras concernentes à medida do parentesco consanguíneo: uma pessoa é afim dos parentes do seu cônjuge no mesmo grau em que esse o é pela consangtlinidade. Por exemplo: o marido é parente afim do sogro no primeiro grau, do enteado também no primeiro grau, e dos irmãos, tios e primos de sua mulher, respectivamente. no segundo, terceiro e quarto grau. A graduação da afinidade não tem grande interesse, razão por que já os Romanos diziam *Gradus adfinitatis nuili sunt;* mas a contagem pode ser útil, latentemente, pois é possível que surjam leis que se refiram a afins em determinados graus ou distâncias, ou que, em documentos particulares ou públicos, como testamentos, se mencionem graus de afinidade.

8.

Esquema. Eis os esquemas da afinidade: *a)* entre a mulher e os parentes do marido, em linha reta, ou colateral; *b)* entre o marido e os parentes da mulher, em linha reta, ou colateral. Os quadros que se seguem são s.

exemplificadores. (Fig. 4) Em caso de omissão, recorra-se à árvore genealógica do parentesco consanguíneo.

9. *Afinidade, imagem do parentesco consanguíneo.* Vê-se, pelos esquemas, que o cônjuge é afim dos parentes do outro no mesmo grau em que essoutro o é consanguíneo. Dois colaterais figuram nos esquemas, que, ainda quanto ao laço de consanguinidade, não são parentes dos cônjuges: o filho do trisavô, que está, para o cônjuge consangUíneo, no 1ª grau; e o primo, trineto do tio, que quanto à consanguinidade e quanto à afinidade, Pois que a afinidade apenas é imagem do parentesco consanguíneo, segue-se que tais pessoas não são parentes afins do outro cônjuge. Por isso, herança, instituida a favor do ═mais próximo parente existente‖ (consanguíneo ou afim), não aproveitaria, demodo nenhum, ao filho do tio-irmão do trisavô, nem ao trineto do tio primeiro. Porque não existiria entre eles e o decujo parentesco consanguineo. porque a lei mesma só o reconhece até o nº grau (art. 331); afim, porque cessara a consangúinidade reconhecida por lei, e a afinidade é imagem dela.

§ 950. Parentesco só civil

1.

Conceito Sob o direito anterior à Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10, parentesco civil, no sentido de parentesco só *civil,* era o oriundo de adoção. Dependia da relação de adoção e da lei que lhe fixasse a extensão.

Não precisava da consangúinidade, como o parentesco consanguíneo; nem do casamento ou da união sexual, como o parentesco afim, então caracterizado legitimo ou ilegitimo.

2. *Afinidade.* Lê-se no art. 41,.pr., lª parte, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: —A adoção atribui a condição de filho ao adotado‖, e,

no art. 376, lã parte, do Código Civil: —O parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado‖. Não se contagia aos outros parentes de um ou de outro; não produz, portanto afinidade. 3. Linha reta.

~O cônjuge de A é parente do filho adotivo de A? O cônjuge do filho adotivo de A é parente de A? A só entre adotante e adotado; por isso mesmo, definição do art. 334, uerbis —parentes‖~ não há entre o cônjuge de A e o filho adotivo de A, nem do filho adotivo de A e A. Daí a necessidade, impedimentos matrimoniais, de se redigir, como 183

III: —O adotante com o cônjuge do adotado o cônjuge do adotante.‖ Poderiam casar-se, se incluído tal regra legal. Se ambos os cônjuqes sim, tudo é à imagem de pai e mãe naturais.

Capítulo II

Relações entre Pais e Filhos Havidos na Relação de Casamento

§ 951. Paternidade, maternidade e filiação

1.

Natureza da relação. A relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se *paternidade,* ou *maternidade,* quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e *filiação,* quando do filho para com qualquer dos genitores. A filiação (ou paternidade, ou maternidade), como parentesco, que é, era classificada discrirninatoriamente em legítima, legitimada, ilegitima, afim (nora, genro, enteado, enteada), adotiva. Lia-se no art. 337 do Código Civil, revogado pela Lei n0 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10: —São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 2211.‖

2. *Filiação da relação de casamento.* Dizia-se, antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, —legitima‖ a filiação nos casos seguintes: *a)* se, no momento da concepção, os pais se achavam vinculados por matrimônio válido; *b)* se os filhos foram concebidos na constância da sociedade conjugal, quando putativo o matrimô nio, proviesse a invalidade de impedimento dirimente absoluto ou de impedimento dirimente relativo; *c)* se o casamento, em cuja vigência foram concebidos os filhos, era apenas anulável (art. 217); se os filhos foram concebidos na constância de casamento nulo por incompetência de autoridade celebrante, se não foi alegada a nulidade dentro em dois anos da celebração (art.

208). adoção é laço a despeito da parentesco afim entre o cônjuge em matéria de se redigiu, o art. e o adotado com não se houvesse adotaram, então,

s.

3. Expostos. Por isso que não se deve presumir senão em favor da pessoa, os expostos, até prova em contrário, eram considerados —legítimos‖: Infantes *expositi leqitimorum iuribus fruuntur.*

4. Filiação por eficácia de casamento subseqtiente. Dizia-se —legitimada‖ a filiação quando por eficácia que a lei atribui ao casamento subsequente, se equiparavam aos concebidos na vigência do matrimônio os que antes dele nasceram ou foram concebidos. Assim, a —legitimidade‖ da filiação resultava da legitimidade das relações do pai e da mãe ao tempo da concepção, e a —legitimação‖ advinha do matrimônio, que, ao tornar em consortes —legítimos‖ o homem e a mulher que tiveram relações ilícitas, retrotrala os seus efeitos ao nascimento dos filhos anteriores à união legal, tornando-os também —legítimos‖, isto é, considerando-os nascidos ao tempo do casamento. Na realidade, a

—legitimação‖ é ato *retroativo;* juridicamente, tratam-se como se nascidos no tempo legal os que foram gerados ou nasceram antes. A —legitimação‖, como veremos adiante, está regulada no Código Civil com a máxima exatidão, posto que, na sistemática da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, não caibam —quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação‖.

5. *Filiação fora da relação de casamento.* Dizia-se —ilegítima‖ a filiação quando provinha de pessoas não-vinculadas por matrimônio válido, ou putativo, ou anulável. Era, nessa acepção que a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, pré-

excluiu, —ilegítima‖, portanto, a filiação: 1 - quando originada de casamento inexistente, ou de pessoas não casadas uma com a outra; II - se proveio de casamento nulo, desde que haja sentença passada em julgado. Eram ditos

—ilegítimos‖ os filhos de pessoas tinidas a princípio por casamento nulo por incompetência de autoridade, se a nulidade foi alegada dentro de dois anos da celebração (art. 208) e transitou em julgado, com eficácia *ex tunc,* a sentença proferida na ação de nulidade (sentença constitutiva negativa).

6. Casamento nulo. O filho de casamento nulo era, nessa caracterização apagada de nosso sistema jurídico, de regra,

—ilegítimo Se declarado putativo o casamento, —legitimo‖ era o filho; se a nulidade é a do art. 208, dois anos após a celebração a —legitimidade‖ ficava assente. Enquanto não houvesse sentença passada em julgado, considerando nulo o casamento (sem a declaração de putatividade), o filho era tido como —legítimo‖ para todos os efeitos, ainda que se tratasse de bigamia dos pais. Fora da ação do art. 222, não há pronunciamento de nulidade nem anulação. Só o casamento inexistente é que não produz qualquer efeito (cp. CarI Knúppel, *Rechtliche Stellung der Nin der aus nichtigen Ehen, 4* 5.; também sobre o sentido da evolução da regra sobre *status* dos filhos de casamento nulo, 161).

Como tal, os filhos de!e oriundos nunca se tratariam como —legítimos‖. O casamento posterior os fazia —legitimados‖.

Passada em julgado a sentença *de nulidade,* não *houvera* —legitimidade‖, salvo se putativo o casamento. Quanto à sentença *anulatória* (casamento anulável), não importava: os filhos eram —legítimos‖ (art. 217), e nada mais os atingia.

§ 952. Filiação da relação de casamento

1. *Fontes.* A filiação havida na constância do casamento pode derivar de casamento válido, ou putativo, ou anulável, ou nulo por incompetência da autoridade, se foi sanada a nulidade, mas érequisito essencial, em quaisquer casos, que o nascimento ocorra dentro de prazo fixado pela lei, ou depois dele. Tal prazo, marcação técnica, tem por fim determinar o período máximo para que se reputem concebidos na constância da sociedade conjugal os filhos que nascerem. Não pode ser mais admitida, portanto, a definição que antes se dava (MeIo Freire, *Institutiones,* II, 128): *Legitimi sunt qui ex coniunctione legitima secundum legis inita et legitimo tempore nascuntur.* Além desses, no direito anterior só se reconheciam como filhos —legítimos‖ os nascidos *ex matrimonio putativo.*

Para que se considere como havida na sociedade conjugal a filiação, basta que o casamento seja putativo em relação a um dos cônjuges (princípio da suficiência da boa-fé de um dos pais).

2.

Presunções. Presumem-se concebidos na constância da sociedade conjugal: 1) Os filhos nascidos nos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, isto é, após a data em que se celebrou o consórcio. Todavia, o prazo, se o casamento foi contraído entre ausentes, por procuração, só pode correr do dia em que se estabelece a *convivência conjugal;* e nesse caso, a afirmação de haver-se a filiação na constância do casamento pode ser contestada, provando-se que o marido estava, pela distância, impossibilitado de coabitar com a mulher. II -

Os filhos nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação s.

judicial, divórcio, nulidade ou anulação.

Os períodos fixados como tempo máximo (trezentos dias) e mínimo (cento e oitenta dias) da gestação ultrapassam um pouco, no interesse dessa filiação, a média fixada pela ciência. Os Romanos, segundo Hipócrates, adotavam prazos mais amplos ainda: 182 dias, ou seis meses completos, como tempo mínimo; e, como prazo mais longo, dez meses.

Os termos fixados pelo Código Civil são os mesmos das legislações modernas. Diz o art. 338: —Presumem-se concebidos na constância do casamento: 1 - Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 329). II - Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.‖ Em termos mais gerais: os filhos de matrimônio válido, putativo ou só anulável, posto que proferida e passada em julgado a sentença anulatória, têm a seu favor a presunção de concepção na constância da £qciedade conjugal e só judicialmente, nos casos previstos em lei, se lhes pode retirar tal caracterização (Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de julho de 1909, 14 de maio de 1913). Quer dizer: em ação que exclua a filiação. No art. 338, II, foi dito —subsequentes à dissolução da sociedade conjugal‖ para se afastar o modo de contar que outrora se observava, — isto é, o de se incluir, ai, o dia da morte, separação judicial, ou anulação (cf. Manuel Gonçalves da Silva, *Comentaria,* 1, 3). Idem, quanto ao art. 338, 1.

A lei pessoal dos cônjuges é que decide da validade do casamento, quanto ao fundo; sem casamento válido ou putativo (se a lei pessoal o reconhece), ou anulável (se, à semelhança da lei do Brasil, a lei pessoal o determina), não há filiação concebida na constância da sociedade conjugal. Errado, portanto, o julgado do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (17 de junho de 1930), que reputou —legítimo‖ o filho de Brasileira, que se divorciou (o Brasil não tinha divórcio!), com estrangeiro, tendo sido o casamento no estrangeiro. Depois da coisa julgada formal da sentença d e nulidade, —ilegítimo‖ seria. Depois do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. ═79, em que o Brasil, implicitamente, reconheceu a competência dos Estados do domicílio para determinação da lei pessoal (plano do direito das gentes) e exerceu essa competência, dizendo que —a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família‖, o *art.* 79, § 6ª, somente pode ser tido como regra jurídica sobre invocabilidade na espécie, de ordem pública (= ═ corte de eficácia por invocação de ordem pública): o Brasil não pode mais negar a existência do casamento e seus efeitos, salvo para efeitos no Brasil, mas, se se trata de filho sujeito à jurisdição brasileira, a amputação de efeitos ofenderia o *art.* 59, *pr, 1ª* parte, da Constituição de 1988.

A questão de serem ou não havidos da relação de casamento os filhos nascidos depois de proferida a sentença de anulação foi resolvida pelo

jurista português Agostinho Barbosa, conforme nos informa Bottilierio *(De*

‚Successionibus ah intestato Tractatus 25 s.), que o cita abreviadamente. Se abrirmos a *Collectanea Doctorum* de Agostinho Barbosa, à p. 572, em verdade lhe lemos que a *litis contestatio,* somente por si, não induz má-fé, nem pode privar os cônjuges, pendente a lide, do comércio carnal *(nec coniuges pendente lite provati possunt suae possessionis commodo, aut suspenditur inter eos carnale commercium).*

O art. 388 deu como impugnável essa caracterização da filiação se o filho é nascido nos trezentos dias subsequentes ádissolução da sociedade conjugal; os que nascem depois não se têm como havidos da relação do casamento. Há, porém, a espécie, em que nos trezentos dias a mãe teve dois partos: o segundo filho é extramatrimonial; não se precisa, portanto, quanto a ele, da ação de impugnação de filiação (Th. Engelmann, *i. v. Staudingers Komrnentar,* IV, 2, 783; O. Warneyer, *Kommentar,* II, 745).

3. *Contagem.* A contagem do tempo faz-se de dia em dia, de *die ad diem,* isto é, de meia-noite à meia-noite, e não de hora em hora, *de hora ad horam.* O dia que serve de ponto de partida aos prazos *(dies a quo)* não deve ser contado no cálculo, conforme a regra *Dies a quo non computatur in termino,* mas deve ser compreendido nos cento e oitenta ou trezentos dias aquele em que expira o período: *Dies ad quem com putatur in termino.* Tais regras foram insedas, explicitamente, no Código Civil, no art. 125:

computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento‖; porém, nos casos do art. 338, 1, resultam da redação mesma do art. 338,1 *(verbis* —depois de), e não do art. 125. Por outro lado, trata-se de prazo de dias, de jeito que esse nascimento, que o direito anterior ao art. 227, § 6ª, da Constituição de 1988, caracterizava

—ilegítimo‖, há de ser depois dos trezentos dias e *impugnável* se dentro dos trezentos dias contados da dissolução da sociedade conjugal.

4. *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* O filho nascido antes do l8O~ dia considera-se conce~ido fora do matrimônio e não lhe cabe alegar a regra *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* Tal presunção de que o

filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido de sua mãe possui, como fundamento, o que ais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. *Praesumptio sumiturtx eo quod plerum que* Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se ceda. Mas cessa a presunção se o filho nasce antes de cento s.

e oitenta e um dias a contar da celebração, ou trezentos e um dias após a dissolução da sociedade conjugal, porque já então seria presumir-se o improvável, o anormal.

5.

Quando cessa a presunção. É preciso advertir-se em que a presunção de não ser filho concebido na constância da sociedade conjugal cessa: *a)* se a criança, embora nascida depois de trezentos dias, tem caracteres que indiquem a anormalidade de vida intrauterina de mais desse prazo, o que é possível; *h)* se, nascida antes de cento e oitenta dias contados do dia seguinte ao da celebração, a sua idade precária de menos de seis meses lhe permitiu viver, ainda que em situações inferiores de desenvolvimento. A presunção do art. 338, como tantas presunções jurídicas, é feita para os casos ordinários, o *quod plerum que fit.* Trata-se, pois, de questão de fato, cuja solução, nas espécies extraordinárias, cabe, preliminarmente, á ciência. Para verificarmos a necessidade de se assentar a doutrina a esse respeito, basta lembremos como exemplo: alguém faz doação cuja cláusula principal é o nascimento de filho concebido na constância da sociedade conjugal, a quem caberá a doação, e, na sua falta por morte, aos pais. Nascido um feto de cento e setenta dias, ~realizou-se a condição? A questão resume-se em se saber se é concebido na constância da sociedade conjugal ou não esse filho. Tal caracterização não depende da viabilidade~ mas, suposto que dependesse, e vivesse ou fosse declarado viável o recém-nascido, cremos que estaria realizada a condição, a ele pertenceria a doação, e, na sua falta, aos genitores. Perante o Código Civil, basta ter nascido *com vida.* —Legítimo‖

dizia-se no direito anterior a 1988, seria o filho, porque a sua concepção data do casamento.

6. Inteligência da regra de presunção. A presunção só diz respeito á concepção na constância do casamento (Código Civil, art. 338). Se se

prova que a pessoa não é filha dos cônjuges, ou da que se diz mãe, não cabe trazer-se à balha a presunção, pois falta a filiação. O que se presume é que, *certa a maternidade,* se tem por pai o marido, salvo se ocorre algum dos casos previstos, na lei, para a impugnação.

7. *Prova.* Quem pretende fazer reconhecida essa filiação tem de provar a filiação e a concepção na constância da sociedade conjugal. Aquela é ligada ao estatuto do filho; essa, ao do casamento ou ao de cada cônjuge. Tem, portanto, de provar *a)* que as pessoas de que se diz filho concebido na constância da sociedade conjugal eram casadas e não foi considerado nulo o casamento, ou, se o foi, houve a declaração de putatividade; que descende, em primeiro grau, dessas pessoas; *c)* que a concepção ocorreu durante o casamento.

8.

Onus de prova. Quem alega ter por pai a alguém, tem de prová-lo. Se, porém, é filho da mulher dessa pessoa, de quem se diz filho, partir-se da afirmação de não ser filho do marido, ou partir-se de tábua-rasa, seria atribuir-se maternidade adulterina ámulher casada. Bastaria isso para justificar a presunção de que pai é aquele cujas núpcias mostram ser. Tudo isso na suposição de que os cônjuges só têm relações sexuais entre si, ou, pelo menos, de que a mulher casada somente as tem com o marido.

9.

Registro. No direito anterior, se a pessoa que se pretendesse filha de alguém, concebida na relação do casamento, não fora registrada como filha do marido de sua mãe, mas como filha de terceiro, ou com a revelação explícita de ser filha não havida da relação do casamento, duas regras jurídicas do Código Civil como que se enfrentavam: a do art. 348, segundo o qual ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento, e a do então vigente art. 337 (pai é o marido da mãe). O Tribunal de Justiça de São Paulo resolveu cedo caso, eliminando o art. 348: se fora registrado o filho como havido fora da relação do casamento, portanto — à época

— —ilegítimo‖, ou de outrem, o registro não operaria contra a presunção. Ora, foi demasiado simplista tal decisão: o pai pode não ter

estado, desde muito, no lugar em que residiu a mãe, caracterizando-se a impossibilidade de coabitação, e ai poderia vencer o art. 337, e não o art. 348, se, além disso, o pretendido pai ignorava tal filho?

Pode dar-se que outrem que o marido conste, no registro, como pai. O registro lá está e tem de ser retificado. Quando algum registro não corresponde à verdade, à sequência dos fatos, a ação própria para se apagar a discordância entre o que se *publicou* e o que se deu nos fatos, a via, que se tem, é a da ação de retificação (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts.. 109-113). Não há pensar-se em nulidade do registro. Ou a pessoa que fez a declaração de nascimento foi a mãe, parente próximo do pai ou da mãe, o administrador do hospital, ou o médico, ou parteira, que assistira ao parto, ou pessoa encarregada da guarda do menor, ou foi pessoa estranha. Não importa. Ou houve engano, ou erro, ou troca de nomes, ou se atribuiu à mulher casada descendência ilegítima. O registro é, então, retificável, para que coincida com a verdade, ou com a presunção do art. 338. Fala-se de *nulidade* do registro; mas o termo é impróprio. O que há é *inexatidão.* Quem seja legitimado à retificação cabe pedi-la. São legitimados, ativamente, o marido da mãe da pessoa registrada como filho de outrem, a mãe, o filho e a própria pessoa que declarou, erradas.

mente, o nome da pessoa dada como pai. O mesmo raciocinio há de ser feito respeito aos registros em que se deu por mãe quem não no é. Não se pode atribuir a outrem que ao marido da mãe da pessoa o ser pai, sem que haja sentença que afaste essa presunção (cf. 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3 de setembro de 1948, *RF*

130/436; 6ª Câmara, 30 de junho de 1947, OD 59/165: —Tendo o marido falecido em 1944, sem haver iniciado a ação, são os autores apelantes, irremediavelmente, e para todos os efeitos, seus filhos, ═filhos legítimos‘. Não se pode cogitar nesta ação, como se pretende, de adulterinidade, mas apenas de filiação. Se não houve ação negatória da paternidade, privativa do marido, a filiação legítima dos autores há de predominar.‖). Surge o problema da cognição da questão sobre registro inexato, *incidenter: a)* argumentam alguns juizes que há nulidade do registro, conceito inadequado, e dai tiram que nenhum efeito produz (o fundamento para a nulidade seria a *ilicitude, e.g.,* Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30 de junho de 1947); mas 14 trata-se de registro inexato, e há de ser pedida a retificação no juízo competente, se o não é o próprio juízo a que se levou a questão. A declaração da inexatidão, fora do juízo da impugnação da filiação na constância do casamento, ou do registro, é

contra os princípios de competência. Aliás, se há competência, sem ser no juízo do registro, há de haver o elemento manda-mental da sentença para que o registro se corrija.

Resta o problema do marido ausente ou notoriamente não-pai, porém que não quer impugnar a paternidade, ou, em vida, não quis. Não há negar-se o direito do filho a impugnar a paternidade ÇTh. Kipp e Madin Wolff, *Lehrbuch,* IV, *II,* § 75, nota 19). Trata-se de legitimação ativa por direito próprio, e não por transmissão hereditária.

§ 953. Impugnação direta da filiação havida na constância do casamento 1.

Contagem. É de sumo interesse atentar-se na contagem dos prazos, desprezando-se o dia *a quo* e computando-se o dia *ad quem.* Assim, dizemos, por vezes: —trezentos dias *após* a dissolução da sociedade conjugal‖, ou —cento e oitenta dias *após* a celebração‖, ou, ainda, —trezentos dias *anteriores* ao nascimento‖ —cento e oitenta dias *anteriores* ao nascimento‖; tais expressões equivalem perfeitamente às seguintes: —trezentos e um dias contados da dissolução da sociedade conjugal‖, —cento e oitenta e um dias *a* contar da celebração‖, trezentos e um dias contados da dissolução da sociedade conjugal‖, —cento e oitenta e um dias da celebração‖, —trezentos e um dias, que se ébntam, retrocedendo, da data do nascimento do filho‖. Em todas essas expressões está atendida a regra de que se computam os prazos excluindo-se o dia do começo *(dies a quo),* e incluindo-se o do vencimento (dies *ad quem).*

As relações sexuais poderiam ter sido no dia da morte, ou no dia em que por separação judicial, ou divólrcio, ou decretação da nulidade, ou anulação do casamento se dissolveu a sociedade conjugal. Dai falar-se de trezentos dias *após,* considerada sem pedinência a regra *Dies a quo non computatio in termino,* exatamente porque, na técnica legislativa, já se atendeu à mesma *ratio* que serviu de fundamento à regra *Dies a quo* (art. 125: —Salvo disposição em contrário, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento.‖). As relações sexuais poderiam ter sido no dia da celebração do casamento, ou da dissolução da sociedade conjugal. Daí falar-se de cento e oitenta dias *após* (= cento e oitenta e um dias contados do dia, isto é, incluído, da celebração do casamento).

Os inconvenientes que têm as regras juridicas de máximo e de mínimo são inevitáveis, porque resultam de probabilidades resultantes do mundo fático.

2.

Prazo. Os prazos contam-se do dia em que se presume ter havido — no mínimo ou no máximo — a concepção. *Dies a quo* é, portanto, para a presunção da concepção na constância da sociedade conjugal, o da celebração do casamento, ou o da dissolução da sociedade conjugal, qualquer que seja. O filho que nascer no 180~

dia depois de estabelecida a convivência conjugal, presume-se nela concebido; e assim por diante, até que se comece a contar novo prazo (trezentos dias), a partir do dia seguinte ao da dissolução da sociedade conjugal.

3. *Natureza das regras.* Tais regras não são, todavia, absolutas; importam presunção, que se cria no interesse dos filhos e dos pais; mas é das presunções não-absolutas cederem ao que provadamente se tem por anormal. Também os Romanos só presumiam concebidos durante o matrimónio os que nascessem entre o começo do sétimo mês após a celebração e o fim do décimo mês após a dissolução do casamento: *aut septimo ata pleno decimo;* porém Aulo Gélio informa que o Imperador Adriano fizera legítimo um filho nascido onze meses após a morte do marido de uma *Jemina bonis atque* honestis *moribus, non ambigua pudicitia,* e, segundo Plínio, cedo Pretor admitiu como sucessível filho nascido após treze meses de gestação.

Assim, a presunção legal do art. 338 sofre duas exceções: *a)* Em relação aos que se presumem concebidos na s.

constância da sociedade conjugal, quando se pode provar a concepção fora dela, assunto que mais adiante versaremos; *14* Em relação aos que se presumem havidos fora da relação do casamento, se ficar provada a anormalidade da gestação (mais de trezentos dias de vida intrauterina). ou a prematuridade feliz do parto (vida do nascido, antes de cento e oitenta dias de gestação).

Na ação que se proponha para se obter a sentença declarativa da

existência da relação de filiação e, pois, da filiação havida da relação do casamento, a prova tem de versar sobre *fatos* que afastem a presunção de filiação não havida da constância do casamento, pela força probante de que o filho foi gerado *depois* das núpcias e *antes* de se dissolver o casamento. Pode parecer que a ação é constitutiva, pelo elemento de constituição que a relação de matrimonialidade do casamento implica, porém o elemento declarativo é preponderante e a eficácia da sentença é a de coisa julgada material; o registro, sim, dá o elemento constitutivo, eficaz *erga omnes,* mas evidentemente é efeito *anexo* da sentença declarativa. Se o advogado concebeu a ação como constitutiva, não importa; há o princípio, estudado em nossos *Comentários do Código de Processo Civil,* de que a ação constitutiva pode, de regra, ser admitida como ação declarativa, sem prejuízo do pedido de elemento constitutivo. O que era pedido de força da sentença se faz pedido de efeito e o pedido de prejudicial (declarativa) se converte, dentro dos princípios, em pedido de força da sentença. A ação de impugnação há de ser exercida em rito ordinário. Não pode ser incidente de outra ação. Assim, na esteira do que escrevemos no *Tratado de Direito de Família,* a 6ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de abril de 1946 *(RT* 170/728), decidiu:
—Legitimos os filhos, isto é, filhos do marido, nos casos estritamente previstos no art. 340, 1 e II, do Código Civil, pode o mesmo marido ou seu herdeiro contestar-lhes a legitimidade, em ação própria, nos termos expressos nos arts.. 344 e 345, não bastando a confissão materna jara excluir a paternidade legítima, ainda que corroborada pela do marido e do terceiro que se declara pai. E necessário ação própria negatória da paternidade legitima, ação em que são réus a mulher e os filhos cuja paternidade é negada.‖

Para melhor esclarecer-se a *praesumptio iuris,* tracemos esquema em que se computem, em ordem natural, os dois prazos. (Fig. 5).

4. *Presunção.* Por onde se vê que o filho nascido no 179ª dia após o casamento não se presume concebido na constância do casamento, salvo se o pretendido pai sabia da gravidez, quando se casou, ou se, ao assinar o termo de nascimento, não impugnou a paternidade. Também não se presume concebido na constância do casamento, o que nasce após o 3OOª dia posterior ao da dissolução da sociedade conjugal.

5. *Maternidade.* A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos: a prenhez e o parto. Daí a máxima: *Mater sem per certa*

est. A paternidade é, por sua natureza, oculta e incerta. Não havendo indícios, nem sendo fácil ao homem, como não no é, apurar de que pai procede o filho, a sociedade recorre à presunção. A paternidade tem, na constância da sociedade conjugal e dentro de prazos legais, presunção iuris tantum, limitada, o que evita a sua incerteza, para que não fosse sempre insegura a filiação paterna. Alvaro Valasco *(Opera Omnia,* II, 88), dizia: ...

quod Iicet filiationis probatio in iure non modo diflicilis, sed pene impossibilis reputetur.. Est enim procreatio Jiliorum, adeo secretum, et arcanum ipsius naturae, ut a nerrine ita certo sensu possit percipi, quod queat certo firmare: Unde Iex provide recurrit ad coniecturas, et praesurnptiones, ex quibus probatio fieret, ne incertus semper Juisset filiorum status, ambiquaque quoad matrem quovis terapore soboles foret. Por isso mesmo, em princípio, a regra *Pater is est quem nuptiae demonstrant* não é, de ordinário, suscetível de prova em contrário. Assim o exigem a honra, a ordem social e a dignidade mesma do casamento.

Diz o art. 340: —A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts.. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se: 1 - Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho. II - Que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.‖

6. *Paternidade.* Uma vez que a paternidade se funda na coabitação, a prova que elida a presunção dessa elide a daquela. O Código Civil admite que se destrua essa presunção e, *ipso facto,* aquela, provando-se: *a)* que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho; *b)* que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados. Em qualquer dos dois casos acima, é licito impugnar-se a concepção do filho, na constância do casamento, e não basta a confissão materna para excluir a paternidade que o direito anterior a 1988 qualificava —legitima‖, porque seria dar àmulher ação por sua natureza privativa do marido.

Lê-se no art. 343: —Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a s.

presunção legal de legitimidade da prole‖ (Elidir é o que se queria

dizer) Portanto, se a mulher não vivia com o marido, a prova do adultério é suficiente. Ainda assim, é preciso provar-se que o marido não teve relações com a mulher, ou não as podia ter, ao tempo da concepção. Ainda no caso de viverem separados os cônjuges, salvo se judicialmente o adultério só por si não faz prova que apague a presunção legal de concepção na constância da sociedade conjugal. Quum *possit mater adultera esse, et irnpubes maritum matrem habuisse.*

Há duas atitudes doutrinárias: *a)* a dos que, se a mulher vivia sob o mesmo teto, não admitem que se alegue e prove o adultério para se elidir a presunção (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de janeiro de 1943, *RT*

142/559: —A ação de contestação de paternidade tem por fundamento legal o art. 340 do Código Civil que, por exceção, permite ao marido impugnar a presunção de legitimidade da filiação, estatuída pela lei em favor da estabilidade da família e da sociedade. Encontra-se no art. 340 do Código Civil, como exigência absoluta, para justificação da exceção, a necessidade da prova da impossibilidade física da coabitação entre marido e mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho (nº 1) ou de que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados, na hipótese do nº II. O valor da presunção da legitimidade dos filhos de casais legitimamente unidos pelo casamento, instituída mais em beneficio da própria instituição da família, que dos mesmos filhos, é tão grande, que a lei a protege com cautelas especiais e só admite as taxativas exceções. No presente processo, a questão suscitada no agravo no auto do processo versa sobre o saber se, sendo o marido interdito, podia a ação negatória da paternidade legitima ser promovida pelo seu representante legal. O despacho saneador, em poucas linhas, resolveu essa questão de alta magnitude no sentido afirmativo. Entretanto, dados os termos do art. 344 do Código Civil, a sua reforma impõe-se. A razão de ser da regra consubstanciada no citado dispositivo atua em função do art. 337 do aludido Código, que reputa legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé‖; 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de janeiro de 1945, 155/296); *b)* a dos que lêem o art. 343 como regra jurídica de limitação do valor da prova do adultério da mãe para provar não ser do marido o filho (= o filho da adúltera pode ser filho do marido). A última opinião é que é a verdadeira. O Código Civil, no art. 343, disse, apenas, que —não basta‖, — o que se haveria de entender, ainda que não existisse o art. 343. O mesmo raciocínio há de ser feito a respeito do art. 346.

7.

Código Civil, art. 339. Lê-se no art. 339: —A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o nº 1 do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada: 1 - Se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher. II - Se assistiu, pessoaln)ente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento dnº filho, sem contestar a paternidade.‖

A filiação do nascido na constância da sociedade conjugal, mas antes de decorridos os cento e oitenta dias, não pode ser impugnada: *a)* Se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher, porque há, da parte do marido, reconhecimento tácito da sua paternidade. O homem não se casa, *de ordinário,* com mulher pejada, se não tem a convicção de ser o pai do filho dela. *Lex statuit de eo quod plerum que fit.* Se alguém procede contrariamente, diz-se, não tem honra, e a lei não permite que o venha confessar tardiamente à justiça: *Nemo auditur propriam turpitudinem aliegans.* Não é esse fundamento da inalegabilidade da torpeza que se há de revelar à regra jurídica do art. 339, 1: apenas se consideraram o silêncio e a inatividade do marido como pré-excludentes do nascimento da ação de impugnação, donde não se poder considerar imoral quem, a favor do ser em gestação, assume atitude de extrema generosidade *(e.g.,* noivo que prefere ocultar ter sido estuprada a noiva; noivo que prefere dar nome ao filho da noiva que rompera com o noivado com outrem). O art. 339, 1, não exclui a atitude de quem, sabendo da gravidez, se casa com a mulher prenhe, dizendo, no termo do casamento, de acordo com a comunicação da mulher, que o filho não é seu. Ai, excluido o reconhecimento tácito, excluida está a presunção legal. Em todo o caso, tem ele a ação qúe teria quanto aos filhos posteriores para contestar a concepção na constância da sociedade conjugal, se ignorava a prenhez ou que não era seu filho. *b)* Se o marido assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Ainda aqui, a lei vê, na conduta do marido, reconhecimento implícito; pouco importa que exerça o papel de comunicante ou de testemunha. Mas é preciso que o ato de registro não contenha qualquer protesto nem reserva quanto ao exercício da ação de contestação dessa filiação. Pode acontecer que ele compareça para comunicar o nascimento da criança por simples obediência à lei, e que, exprimindo o motivo, se reserve o direito de impugnar, em tempo, a paternidade, e nesse caso não se pode ver, na sua conduta, renúncia.

A renúncia, uma vez que pode estar implícita, como nos dois casos do art. 339, pode igualmente ser explícita. Não pensamos, todavia, que quaisquer circunstâncias ordinárias possam servir para delas se induzir a renúncia implícita do marido: o art. 339 élimitativo. A renúncia explícita, qualquer que seja o instrumento, éválida; mas a renúncia implícita só naquelas duas espécies se pode admitir.

8.

Código *Civil, art. 341,* Estatui o art. 341: —Não valerá o motivo do artigo antecedente, nº II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.‖ Assim, em se alegando a separação legal, falha a prova se os s.

cônjuges houverem convivido algum dia depois da separação. Aqui, para os efeitos processuais, devemos frisar a quem compete o ônus da prova. Quando os cônjuges, sem ter havido separação judicial, estão de fato se-parados, a separação não destrói a presunção *iuris,* limitada, ou mista, de haver o filho sido concebido na constância do casamento: a impossibilidade do concúbito, ou o obstáculo, ou a impotência *generandi,* deve ser provada pelo marido, que é quem alega. Se estavam separados judicialmente ao tempo da concepção, não tem o marido, se impugna a paternidade, de provar a sua inaptidão à cópula ou à geração, nem o não ter convivido com a mulher depois da separação judicial. Tem apenas de impugnar essa convivência, se a afirmarem os representantes do filho ou da mãe. O ônus da prova, em tal caso, compete à mãe, ou ao curador especial, e não a ele, porque não existe, na espécie, a presunção legal de concepção na constância do casamento.

Cabe privativamente ao marido o direito de impugnar a concepção, na constância da sociedade conjugal, dos filhos nascidos de sua mulher; mas, uma vez iniciada a ação, passa aos herdeiros do marido. (Compreendem-se apenas os filhos cuja paternidade se lhe atribua, pois que seria abútrdo impugnar a paternidade de filhos que pertencem a leito anterior da mulher etc. A pretensão desses pode o marido, em exceção, qualquer que seja o tempo, opor as suas provas e razões.) Essa ação preclui em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido (art. 178, § 39), e em três meses, se estava ausente, ou saiu ,lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data da ciência, no segundo (art. 178, § *49,* 1). Uma vez que se trata de preclusão, se o

marido introduz a demanda, nenhuma prescrição sobrevêm. Veja Tomo VI, §§ 668, 669 e 706, 3.

O art. 344 diz que —cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher‖; no art. 345 acrescenta-se que, iniciada pelo marido, passa aos herdeiros do marido. Pergunta-se: se o filho ainda não nasceu, ao morrer o marido, torna-se inimpugnável tal caracterização da filiação? Seria absurdo. Se o marido faleceu sem ter proposto a ação de impugnação, por estar ausente, e insciens, não seria admissivel que se negasse aos herdeiros a ação; *a fortiori,* se o filho nasceu após o falecimento: não se poderia exigir do marido que propusesse a ação antes de existir ação.

Se o marido é absolutamente incapaz, representa-o, na impugnação, o curador; mas o prazo preclusivo não corre contra o louco (art. 59, II), ou o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade (art. 59, 111), porque não podem *conhecer* do fato e impugnar. Não se invoque, porém, o art. 169, que só se refere àprescrição. Tornando-se capaz, corre o prazo do art. 178, § 3ª, ou o do art. 178, § 49, [, conforme a espécie. A sentença nessa ação de impugnação, proposta pelo curador do louco ou do surdo-mudo que não pode exprimir a vontade, tem eficácia pró e contra o incapaz (G. Planck, *Kommentar,* IV, 432). Durante a incapacidade, não corre o prazo preclusivo, de modo que, se ela sobrevém antes de esgotado o prazo, tem ele o resto do prazo (W. von Blume, *Das Familienrecht,* II, 448; Th.

Engelmann, *J. von Staudingers Kommentar,* IV, *2,* 787). O curador do ausente não pode impugnar, pelo marido julgado ausente (art. 59, IV; O. Warneyer, *Kommentar,* II, 747). Para a impugnação, o relativamente incapaz é plenamente capaz; não precisa de assistência.

A participação do nascimento pelo marido não é renúncia àação de impugnação. É-o a assinatura do termo de nascimento pessoalmente, ou por procurador com poderes especiais, sem impugnação no momento (art. 339, II).

A ação de impugnação dirige-se contra o filho ou contra os herdeiros dele. Os herdeiros continuam na demanda, se morre o reu.

No direito brasileiro, a desistência da ação não elimina a eficácia da impugnação. Para que isso se desse, seria preciso que existisse no sistema jurídico regra jurídica como a do anterior § 1.596, 22 alínea,

do Código Civil alemão, e não na há. A respeito, veja-se o Tomo VI, § 681, 6.

A sentença, na ação, é eficaz pró e contra todos; a averbação apenas firma a presunção do conhecimento por todos.

Uma

das Consequências da sentença favorável ao autor é passar o réu a ter o nome da mãe, a quem cabem os deveres oriundos do parentesco. A sentença é constitutiva negativa, no tocante à filiação havida na constância do casamento (efeito), que deixa, *ex tunc,* de ser, tal como o é a ação de anulação do casamento (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 464 s., *Wesen und subjektive Beqrenzung der Rechtskraft,* 65 e 451 s., *Lehrbuch,* 1, 238 s., *Spstem,* 1, §

105, 1, 3; R Langheineken, *Urteilsanspruch,* 276; G. Kuttner, *Urteilswirkungen ausserhalb des Ziuilprozess,* 27, nota 3; sem razão: W. Kisch, *Beitrôge zur Urteilslehre,* 96 s. e 106; G. Planck, *Rommentar,* IV, 425; Th. Kipp, *Lehrbuch,* II, 2, 292, nota 29).

9. *Marido ausente.* Se o marido se acha ausente há mais de trezentos dias, a mulher pode prestar —declarações‖ no s.

registro, ocultando o nome do pai. Essa decisão foi a que acertadamente tomou a 4ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 1939, diante de pedido de registro de filho, feito por mãe cujo marido havia anos não aparecia.

A 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 29 de janeiro de 1947 *(RF* 113/121), acentuou: —A presunção legal de serem legítimos os filhos concebidos na constância do casamento firma-se na presunção da convivência dos cônjuges. Logo, ao menos para o efeito da legitimidade dos filhos da mulher casada, na constância do casamento sem convivência dos cônjuges, é inadmissivel.‖ Já antes, a 18 de dezembro de 1946 *(AJ* 81/382), tinha ido longe na interpretação do Código Civil: —O preceito do art. 337 de serem legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, firma-se na pressuposição da convivência dos cõnjuges, isto é, de viverem eles em comum.

Tanto que, no artigo seguinte, o estabelecimento dessa convivência é posto como termo inicial do período dentro da qual é presumida a constância do casamento. Logo, constância de casamento sem convivência dos cônjuges, ao menos para esse efeito, da legitimação, dos filhos da mulher casada, é conceito que não se pode admitir. Se a apelante e seu marido se declaram separados de fato desde 17 de abril de 1932 (fixaram até o dia exato), desde então cessou a convivência dos cônjuges. Como, pois, admitir que as menores, nascidas em 1934 e 1941, o hajam sido na constância do casamento? ‖

Se, em caso de ausência do marido, a alega e prova esse, com inteira satisfação dos pressupostos legais, ainda pode a mulher ou o filho alegar e provar (objeção, não exceção!) que houve fecundação artificial (= à distância) com esperma do marido.

10. *Impossibilidade* física. A impossibilidade física pode derivar: *a)* de estarem separados os cônjuges e impossibilitados de coabitar, quer pela grande distância, quer por simples resolução, ou fatos, cuja prova evidencie aquela impossibilidade; *b)* de acidente pessoal ocorrido ao marido, que torne impossível da parte dele a coabitação.

Do inciso *a)* são exemplos: a mulher residente no Brasil e o marido em Londres, Paris, Montevidéu etc.; ambos residentes no Brasil, em cidades diferentes, uma vez que se prova não se terem encontrado (Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Di ritto Civile Italiano,* VII, 252: ... *cosi, per* esempio, *Ia dístanza che separa Roma da Cagliari non* é *ai certo sufjiciente per sê* stesso *ad escludere quelia riunione; ma questa non meno certamente rimarrá esclusa dalia circostanza, che i coniugi non hanno mai abbandonato le rispettive dimore* o *residenze, nel período durante ii quale puô avere avuto luogo ii concepimento);* o encarceramento de qualquer dos cônjuges etc. Do inciso *b)* são exemplos: moléstia externa ou interna, que não permita a coabitação e a ejaculação~ a impotência *generandi,* devidamente provada.

11.

Concepção. Para que a impossibilidade física seja suficiente àcontestação da filiação havida da relação do casamento, é mister que tenha existido durante todo o periodo em que, segundo a presunção da lei, pode ser concebido o filho. O parto perfeito só se efetua depois

de *cento e oitenta dias* da concepção *e* dentro de *trezentos dias,* donde se segue que o prazo legal da concepção é o de *cento e uinte dias,* os primeiros dos *trezentos dias* que se reputam o período máximo para a concepção do filho.

12. *Prova.* O marido tem, portanto, de provar a impossibilidade de coabitação, não só durante os primeiros *cento e vinte dias* dos *trezentos,* que se contam, retrocedendo, da data do nascimento do filho, cuja concepção na constância do casamento impugna, como também durante o dia anterior aos *cento e vinte,* pois que, por ser dia *a quo,* deixou de ser computado na formação dos *trezentos.* O número *cento e vinte* é achado do seguinte modo: por ser o prazo mínimo cento e oitenta dias, basta provar-se que até ao primeiro deles não coabitou o marido com a mulher; mas, por existir prazo máximo, fixado em trezentos dias (isto é, cento e vinte anteriores ao centésimo octogésimo dia), segue-se que só é preciso provar-se a impossibilidade fisica desde o primeiro dia dos cento e oitenta e um até cento e vinte anteriores, que representam excesso de trezentos sobre cento e oitenta e um.

13. *Separaçdo e acidente.* A separação e o acidente podem concorrer um com o outro para completar o periodo de *cento e vinte e um dias* durante os quais se poderia dar a coabitação e conseqUente concepção do filha Assim, se o marido esteve ausente *cem dias,* e na viagem de regresso, por moléstia, ferimento, ou o que quer que o inabilitasse â coabitação, volta â companhia da mulher, permanecendo, ininterruptamente, outros *cinqrUenta* dias de completa inaptidão *generandi,* podem somar-se os dois lapsos de tempo (cem mais cinqUenta), que perfarão *cento e cinqdenta dias,* isto é, mais do que os *cento e vinte~e um dias* (a contar do 300~ dia anterior ao nascimento), prazo de concepção que a lei implicitamente criou para a espécie.

14. *Impotência.* Também o tempo do acidente pode juntar-se ao da separação lega] e perfazes assim, o tempo exigido.

s.

—Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho‖, estatui o art. 342. Já agora a palavra —impotência‖ não é empregada no sentido de impossibilidade

instrumental, de inaptidão para o coito *(impotentia coeundi),* mas na acepção de impotência de gerar *(impoten tia generand* O.

A prova dessa última é mais delicada e mais grave: só se deve aceitar quando se evidencie que a pessoa está absolutamente impossibilitada de ejacular ou que o liquido expulso por ela é incapaz de fecundar. A impotência instrumental não basta; porque o simples atrito de membro ineréctil ou diminutissimo (infantilismo absoluto) pode bastar à expulsão do esperma, que escorrerá até às vesículas seminais.

Em virtude da lei, o dever de coabitação cessa entre os cônjuges quando se dissolve a sociedade conjugal, e em Consequência pode o marido deduzir a impugnação quanto aos filhos nascidos fora dos trezentos dias após a dissolução.

§ 954. Impugnação indireta da filiação havida na relação do casamento

1. *Código Civil, art.* .344. Lê-se no art. 344: —Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3ª).‖ E acrescenta o art. 345: —A ação de que trata o artigo antecedente, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido.‖

Além dos casos em que o marido pode apresentar diretamente essa impugnação, é permitido a ele, ou seus herdeiros, ou outrem, elidi-la pela prova da inexistência da filiação, ou da inexistência ou nulidade do casamento, ou da inexistência da presunção de concepção dos filhos na constância do casamento.

2. Impugnação. Assim pode ser feita, indiretamente, essa impugnação: 1 - Em relação a ambos os pais: *a)* por não ter havido matrimônio entre eles; *b)* por ser nulo o casamento. II - Em relação à mãe: a) pela prova de parto suposto; *b)* pela negação da identidade da pessoa que se diz filho. III - Em relação ao pai: por estar modo no prazo para a concepção. Inexistente, ou nulo, o casamento, não há aludir a filhos havidos na constância de sociedade conjugal. No caso de casamento nulo por incompetência do juiz, tem de atender-se ao art. 208. No

caso de *suppositio partus,* a mãe finge dar à luz, iludindo o marido, ou, com a cumplicidade desse, para iludir terceiros. Por isso que a impugnação da filiação, quanto a ter-se dado na relação do casamento, em certos casos, como os anteriores, não concerne à presunção *Pater* is est *quem nuptiae demonstrant,* e sim apenas a filhos não-nascidos *ex nuptiis,* seria descabido atender-se ao art. 344, que dá ao marido, *privativamen te,* —o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher‖. Os casos acima enumerados (1, 11 e III) não foram previstos pelo Código Civil no art. 340, porque tal regra somente trata do filho *concebido* —na constância do casamento, ou presumido tal‖. A Lafaiete Rodrigues Pereira não escaparam eles e, desde a 1ª edição, os ajustamos aos textos novos.

Se o filho não se acha numa das duas espécies do art. 338, *qualquer pessoa,* que interesse tenha, inclusive o próprio filho (Th. Kipp. *Lehrbuch,* II, 2, 289, nota 19; O. Warneyer, *Kommentar,* II, 745), pode propor a ação, que, então, é *declarativa.* Não se diz, na sentença favorável, —havia, mas era sem base, nos fatos e na lei, a eficácia de filiação havida da relação do casamento‖~ diz-se —não houve eficácia de filiação havida da relação do casamento‖. O

interesse pode ser só moral; o filho concebido fora da sociedade conjugal que a mãe fez passar por concebido em sua constância pode ter interesse em que se declare aquele estado, que na sistemática anterior se dizia de —ilegitimidade‖, se, por exemplo, com isso se torriària —legitimado‖ pelo casamento posterior da mãe e terceiro (G. Planck, *Kommentar,* IV, 430; Th. Engelmann, *i.* ti. *Staudingers Kommentar,* IV, *2,* 782; O. Warneyen *Kommentar,* 11, 745; sem razão; H. Dernburg. *Das Búrgerliche Recht,* IV, 244, nota 9).

3. Ação. A ação cabe, podanto, a todos aqueles a quem aproveita o julgamento da inexistência de filiação havida na constância da sociedade conjugal: 1 - Pela não-existência de casamento, uma vez que tal filiação seria impossível, nem existe, tampouco, a figura jurídica do marido, embora possa existir a figura real do pai. II - Pela nulidade do casamento, porque a sua sentenciação pode ser pedido de qualquer interessado (ari. 208, parágrafo único, 1), e, considerando-se nulo o matrimônio, firmado fica ter-se o filho havido fora da relação do casamento. III - Pela prova do pado suposto, porque o art. 344 confere ao marido, privativamente, apenas o —direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos *de sua mulher",* e o que se quer provar é o não-nascimento desses filhos ou desse filho, a suppositio *partus,*

que os Códigos Penais inseriram entre os crimes contra o estado civil. IV - Pela não-identidade da s.

pessoa que se diz filho, uma vez que se trata igualmente de indivíduo *não-nascido* da mulher, o que também constitui crime. V - Por estar morto, ao tempo da concepção, o que se considera pai. Trata-se de delito especial, ofensa ao estado civil, e a mulher, que dá como filho de seu marido criança que, ao ser concebida, já aquele tinha falecido, pode muito bem ser incriminada, de acordo com as leis penais, de simular o estado de casamento para prejudicar direitos *de alguém ou de família.* VI) Pela ausência ininterrupta do pai, dentro do tempo em que se poderia dar a concepção.

4. *Ação* prejudicial. Tais ações podem também ser propostas em caráter prejudicial. Ao contrário da ação do marido (privativa) para —contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher‖, ação que preclui, como vimos, em breve prazo, essas são imprescritiveis, embora prescrevam, passado o prazo legal, as pretensões hereditárias, que delas dependerem.

§ 955. Contra quem se exerce a ação de impugnação

1. *Princípios gera* is. O Código Civil não estatuiu quanto a esse ponto. Mas alguns princípios gerais, coerentes com o sistema da lei civil, claramente patenteiam o direito.

2.

Lei Diffamari. Não mais se trata da antiga ação da Lei *diffamari,* pela qual o difamado em seu estado civil pedia que se assinasse prazo ao difamante para provar a difamação, ou, no caso de não no fazer, ser condenado a perpétuo silêncio. Era o meio de obrigar o difamante a intentar ação contra sua vontade, como frisava Correia Teles *(Doutrina das* Ações, 6ª ed., 19). Tais palavras não têm hoje a mesma força de aplicação. Na ação da Lei *diflamari,* o pai mandava citar o filho, ou quem o representasse, com o fim de provocar a ação de filiação legitima, o que se tornava exceção à regra geral de que ninguém pode

ser obrigado a intentar ações que lhe competem: *Invitus agere, vel accusare nemo cogatur.* Por isso mesmo que a ação da Lei *diffamari* não era propriamente ação, o ônus da prova não incumbia ao autor da primeira, ao difamado, e sim ao difamante, que assim desempenhava o papel mesmo de autor na ação principal e suscitada.

3.

Ação negatória. Na ação negatória de filiação havida da relação do casamento, quer envolva quer não envolva a contestação de paternidade, requer-se, hoje, a citação do filho ou de quem o represente, para a propositura da ação negatória, sendo o legitimado ativo admitido a provar o ?iue alega. A diferença é, portanto, essencial: na ação da Lei *dilfamari,* obrigava-se o difamante a vir a juízo e então se lhe impunha, atendendo-se às suas afirmações difamatórias, a regra geral *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.* Na atual ação negatória dessa filiação, como em qualquer ação negatória de paternidadejou maternidade, por isso que não lhe assiste mais o caráter difamatório, o legitimado ativo fica com o ônus pertinente à prova do que alega, ainda que negue tal filiação em exceções a qualquer ação pela qual o pretendido filho reclame direito de tal estado. O fato de *negar* o pai que seja havido da relação do casamento o filho não o exime do ônus da prova, pois que, na regra Onus *probandi incumbit ei qui dicit,* non *qui negat, dicit* deve ser traduzido por —propõe‖ e *negat* por —impugna‘. Sempre que o autor ou réu *propõe* a existência ou inexistência de situação jurídica, a ele incumbe a prova, e dai caber ao réu, nas exceções, o onus *probandi,* pois nelas há sempre a afirmação ou propositura de questão independente das que o autor levantou na petição da causa.

4. Legitimação passiva. A ação exerce-se, portanto: *a)* Contra o filho, ou quem no represente. *b)* Contra pessoas interessadas na filiação havida da relação do casamento. Tal ação preclui em dois meses, contados do nascimento, se era presente o pai (art. 178, § 3ª), em três meses, se estava ausente, ou se lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo (art. 178, § 4º

O. Assim, se o pretendido pai nunca teve conhecimento de tal parto de sua mulher, ou, pelo menos, da existência de tal filho, pode a todo tempo contestar tal estado filial, provando a sua ignorância, se o legitimado passivo opuser, em defesa, o ter precluído o direito. O simples fato de saber do parto não basta para começar a correr o

prazo; é preciso que o pretendido pai tenha notícia do *nascimento de tal filho.* Assim, se ele sabia que sua mulher dera à luz uma setemesinha, que morreu em seguida, não pode principiar a correr o prazo de dois meses, se presente, ou três, se ausente, ou iludido, em favor de qualquer outro, que se diga filho, pois que não se lhe poderia levar em conta de reconhecimento tácito de um filho o conhecimento ou notícia de nascimento que não se referia ao que se diz concebido na constância do casamento. O conhecimento, em tal espécie, é essencial-mente indivisivel: o fato do nascimento e a identidade do que se pretende filho concebido na constância do casamento são elementos absolutos do conhecimento do pai, para o efeito de começar a correr o prazo preclusivo.

s.

(Pode dar-se, por se tratar de prazo preclusivo, que o juiz mesmo dê por preclusa a ação. Para se prevenir tal eventualidade, é prudente que na petição já se exponha e articule, claramente, que não houve conhecimento, até data certa, da suposição do parto ou de outro truque. Aliás, o truque pode não ter sido da mãe, e sim de terceiro.) 5. *Filho maior.* Se o filho já é maior, defende-se por si mesmo. Se menor, o que sói ser mais vulgar, para ele pode ser necessário nomear-se curador especial; pois que ao pai, impugnando-lhe a concepção na constância da relação do casamento, suscitou colisão (Código de 1973, art. 9ª 1, 2ª parte). Se é interdito, defendeo o seu curador. O Código Civil francês, art. 317, é expresso, quando diz que a ação será *dirigée, en présence de la mêre contre un administrateur* ad hoc, *désigné* á *l'enfant.* A nomeação de curador deve competir à mãe, ao avô materno, ou ao juiz.

Excluimos o pai, parte interessada, e pelo mesmo motivo o avô paterno. No mais, mantemos a ordem da nomeação de tutela ordinária. Se a mãe tem o pátrio poder, a ela cabe a defesa; salvo se, por fraude ou qualquer outro intuito, prefere o estado da concepção do filho fora da constância do casamento.

§ 956. Prova da filiação na constância do casamento

1. *Código Civil, art. 347.* O Código Civil dizia, no art. 347, antes de sua

revogação pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10: ═A filiação legitima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil.‖ Mal redigido e inverídico. Tal certidão também provava, quando admissível tal discrime, a filiação —natural‖,

—adulterina‖, e qualquer outra. Para que a certidão prove a filiação havida da relação do casamento, era e énecessário que concorram outros elementos sem os quais seria impossível.

2. *Regras especiais.* 1 - A prova da filiação havida da relação do casamento pressupõe a dos fatos seguintes: *a)* o casamento válido, putativo, ou anulável. *Ad probandam legitimitatem necessario est recurrendum ad matrimonium* (Antônio de Sousa de Macedo, *Decisiones,* 66); *b)* o nascimento da criança no prazo legal; *c)* sua filiação materna e paterna.

Em lugares oportunos, já tratamos da prova do matrimônio e do nascimento no prazo legal, que, assim como a filiação, se prova pela certidão do termo do nascimento, registrado no Registro Civil de Pessoas Naturais (Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts.. 29, 1, 50-66).

II

- Na falta ou defeito do termo de nascimento, podem-se provar a filiação e o nascimento, por qualquer um dos modos admissíveis em direito: *a)* quando há começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; *b)* quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. É o que se lê no art. 349:

—Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito: 1 - Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente. 11 -

Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.‖ A regra jurídica também incide quanto ao estado da filiação resultante do subsequente casamento dos pais (art. 352).

Acertadamente, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a

8 de novembro de 1943 (RT 151/588), decidiu:

—A filiação legitima pode ser provada, nos casos do art. 349 do Código Civil, em ação de anulação de doação por ofensa à legitima sucessória. O art. 349 do Código Civil dispõe que na falta ou defeito do termo de nascimento poderá provar-se a filiação legítima por qualquer modo admissível em direito: 1 - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Os autores, em geral, dizem que este dispositivo se aplica quando não se fez o registro, quando ele édefeituoso, ou quando o livro se perdeu. Nada impede, porém, que se aplique também ao caso de haver grande dificuldade na extração da certidão por motivo de guerra ou peste.‖

3. *Registro.* A certidão de registro é, pois, a prova capital do nascimento e da filiação materna, isto é, de ter nascido de tal mulher. Uma vez provada, a filiação paterna estabelece-se pela regra de presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* O Código Civil deu tão grande valor à certidão de nascimento que proibiu vindicar-se estado contrário ao que dela resultar (art. 348:

—Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento.‖). Não quer dizer isso que as comunicações prevaleçam contra sentenças passadas em julgado. Os registros são suscetíveis de retificação, ou em ação de retificação conforme o art. 109, §§ 1ª-6ª, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ou em ações cumulativas (de filiação, ou de impugnação. e de retificação), ou de retificação resultante de eficácia mandamental de s.

alguma ação de estado (Lei nº 6.015, *art.* 113: —As questões de filiação legitima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.‖). Se o registro atribui a outrem que ao marido da mulher a paternidade, tal retificação pode ser pedida em qualquer ação, desde que o juiz *possa* atribuir à sentença, in *casu,* eficácia mandamental — porque há a presunção do art. 338; ainda que se trate de pretenso estado de filiação por subsequente matrimônio, se os filhos da mulher são presumidos filhos do marido anterior (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15 de agosto de 1944, *AJ* 73/300: —Na espécie dos autos, invocara o apelado, a seu favor, a circunstância de haver legitimado no ato do casamento os cinco filhos da mulher com quem se consorciara.

Mas, a legitimação por *subsequens matrimonium* não pode abranger os filhos legítimos do primeiro leito da mulher, pois o contrário seria alcançar por via oblíqua aquilo que é vedado pOr via direta. Admitida a validade dessa legitimação por subsequente matrimônio, os filhos legitimados pelo segundo marido teriam direito a herdar deste, por ocasião de sua morte. Ficaria destarte reconhecida legalmente a possibilidade de um individuo ter dois pais, herdando de ambos.‖). O art. 348 somente se casamento; não à fora dela deral, 1ª de abril de 1949, refere à filiação havida da relação do (2ª Turma do Supremo Tribunal Fe *RF* 131/124). O art. 348 teve a sua interpretação por nós, adaptando-o às limitações oriundas do sistema jurídico, porque em sua literalidade, seria desaceitado. Atendendo a isso, o Decreto-Lei nº 5.860, de 30 de setembro de 1943, art. 1ª corrigiu o Código Civil, no sentido do que escrevemos em 1917: —Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.‖ (Cf. 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de março de 1944, Dimas R. de Almeida, *Repertório de Jurisprudência,* 1, 384.)

4.

Posse de estado, prova por testemunhas. As provas mais diretas, quando não haja ou seja defeituoso o termo do nascimento, são a *posse de estado de filho concebido na constância do casamento* e a *prova por* testemunhas. Tal posse de estado de filho consiste no gozo do estado, da qualidade de filho havido da relação do casamento e das prerrogativas dela derivadas. Os anfigos escritores exprimiam isso, concisamente, em três palavras, dizendo que são elementos necessários: Nomen: isto é, que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade. *Tractatus:* que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência etc. *Fama:* que o público o tivesse sempre como tal. Conforme a máxima *Proba tio incumbit ei qui agit,* incumbe ao reclamante, que invoca a posse de estado, provar os fatos que a caracterizem. Tal prova pode ser testemunhal, ou por qualquer outro meio de prova admitido em direito.

5.

Código Civil, art. 346. Lê-se no art. 346: —Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.‖ Com isso, a lei apenas afirma o valor probante insuficiente da confissão. Disse, na esteira de nossa interpretação, a 8ª

Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 18 de dezembro de 1946 *(AJ* 81/382), tratar-se apenas de regra jurídica sobre valor probatório da confissão materna (sem razão, a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 15 de agosto de 1914, *Ai* 73/300, que não entendeu o art. 346: —Nem à própria confissão de adultério pela mãe, para excluir a legitimidade ao filho, dá a lei qualquer rendimento, para evitar que por impulso de ódio e visando o marido, venha a mulher a acusar-se de falta que não cometera‖): a confissão materna é um dos meios de prova; mas insuficiente, por si só. Não há excluir-se tal confissão, a pretexto de não se poder confessar torpeza (sem razão, a 2ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de junho de 1946, *RT* 162/736, que, com tal tese falsa, pré-excluiria quase todas as confissões, e.g., de roubo, de assassínio, de pederastia de estupro). O Tribunal de Justiça de Alagoas, a 15 de julho de 1949 *(RD* 65/297), decidiu: —Estabe lecendo o art. 344 do Código Civil que o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos da esposa cabe ao marido, e isto por meio de ação, não bastam a simples declaração do pai e a confissão materna (art. 346) para se excluir a paternidade.‖ Trata-se de simples apreciação de prova, in *casu.* Como tese, está errado: as duas provas podem ser suficientes; quase sempre o sao. O que se há de exigir é que o pai proponha a ação de impugnação e dê alguma prova que complete a da confissão materna.

Se o marido está interdito, pode propor a ação o representante legal *(obter,* a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 23 de maio de 1950, RF 187/435: —No presente processo, a questão suscitada no agravo no auto do processo versa sobre o saber-se se, sendo o marido interdito, podia a ação negatória da paternidade legitima ser promovida pelo seu representante legal. O despacho saneador, em poucas linhas, resolveu essa questão de alta magnitude no sentido afirmativo. Entretanto, dados os termos do art. 344 do Código Civil, a sua reforma impõe-se. A razão de ser da regra consubstanciada no citado dispositivo atua em função do art. 337 do aludido Código, que reputa legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu ═de boa-fé. Poder-se-ia, em última análise, argúir que o interdito, por uma tal interpretação, ficaria impossibilitado de agifl dada a decadência estabelecida pelo art. 178, § 39, que se consumaria dentro no prazo de dois meses, a contar do nascimento, —se era presente o marido‖. Ora, impossível admitir-se que uma pessoa interdita possa tomar conhecimento desse nascimento, como também injusto seria admitir-se, em tal circunstância, abrir-se curso á

fatalidade do prazo de decadência, contra quem de modo algum poderia agir, e, que, pelas suas condições de insanidade mental, pode ser considerado na mesma situação de um ausente.‖). Contra o interdito (art. 59, II) não corre o prazo (cf. art. 169,1); de modo que, a despeito das expressões do art. 178, §§ 39 e 49, e do art. 345, *verbis* —uma vez iniciada‖, se tem de julgar que os herdeiros do marido, morto esse, a podem propor.

s.

Imaginemos que o marido esteja no hospício, internado, sem ter relações sexuais com a mulher, ou que essa resida noutro lugar e nunca visite, sequen o marido, seria absurdo ir-se considerando filho do marido, com todos os deveres de pai para esse, cada filho que nasça à mulher. O curador pode propor a ação, representando o pai interdito por incapacidade absoluta. O problema de não correr o prazo preclusivo é outro.

§ 957. Ação de filiação havida da relação do casamento

1.

Presunção legal e pretensão. Os filhos de casamento válido, putativo, ou anulável, ou de pessoas que falecerem na posse do estado de casadas, uma vez que tenham, pela data do nascimento, a presunção terem sido havidos na constância da sociedade conjuga], são mantidos na posse desse estado, enquanto o contrário não é afirmado em sentença passada em julgado. O estado dessa filiação, em tais casos, não é presunção absoluta. Entre as presunções simples e as absolutas há categoria intermédia, em que a lei permite a prova em *casos determinados,* restritos. Tal admissão de prova em contrário não lhes tira o caráter de presunções de direito. Para se evitarem confusões é que devemos chamá-las presunções *iuris vel iuris tantum* limitadas ou mistas, distinguindo-as assim das presunções *iuris vel iuris tantum,* nas quais, de regra, se admitem provas em contrario.

2. Ação *e herdeiros.* Por isso que a lei constrói o direito ao estado do filho concebido na constância do casamento, se o pai ou a mãe não

reconhece o filho como tal compete à pessoa a *ação de filiação,* que tem por fim vindicar o seu estado. Tal ação tem duplo interesse: um, puramente moral, que é tal estado de filho; outro, acessório, dependente do primeiro, que é o complexo de direitos emanados imediata ou mediatamente do estado de filho concebido na constância do casamento. Qualquer que seja o fim da ação, só pode dela usar o filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Se a ação foi iniciada pelo filho, podem continuá-la os herdeiros, salvo se o autor renundou, ou a ação foi perempta (Código de 1973, art. 268, parágrafo único). *Na dúvida* entre ser concebido na constância da sociedade conjugal, ou não, o filho, decide-se pela afirmativa (Xavier de Almeida, adição a Antônio de Sousa de Macedo, *Decisiones,* 67): *Concurrente fama legitimitatis eL iliegitimitatis, praeualet fama pro legitimitate.* Diz o art. 350: —A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz.‖ E acrescenta o art. 351: —Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continuála os herdeiros, salvo se o autor desistiu, ou a instância foi perempta.‖ A regra da lei colimou abluir dúvidas.

Lafaiete Rodrigues Pereira pensava que a ação, se tinha por objeto vindicar o estado da pessoa, era privativa do filho, e, quando invocada para fundamentar direito sucessório, tinha o nome de —habilitação‖, e podia ser intentada por qualquer interessado na herança do pai ou da mãe (Lafaiete Rodrigues Pereira, Direitos *de Família,* 192). Clovis Bevilacqua discordava: —.. nosso Direito é silencioso a este respeito e, pois, não é licito fazer essas distinções que não decorrem da própria natureza dos fatos nem se impõem pelo acordo das legislações‖ *(Direito da Família,* 399). A lei não distingue quanto à incapacidade. Deve-se entender, assim, a incapacidade do filho ao tempo em que morreu. —

Acima falamos de renúncia e de perempçáo da ação. A desistência da —ação‖, que é só relativa à relação jurídica processual, não tem como Consequência extinguir-se a ação, e a ação foi exercida, *ex hypothesi,* no prazo, sem preclusão. Veja Tomo VI, § 681, 6. Perempçáo da ação é o que, nd Código de Processo Civil, art. 268, parágrafo único, se versou, após terceira extinção do processo pelo fundamento previsto no art. 267, III, *absolutio ab instantia.*

E verdade que o Código Civil falou de desistência e de perempção da instância, mas temos de atender: a) a que o efeito da citação, quanto ao exercício da pretensão antes de se dar a preclusão, é definitivo e próprio (= anexo), como se dá com a interrupção da prescrição; *b)* a que desistência aí havia de estar em vez de renúncia; *c)* a que o

legislador chamou perempção da instância à perempção da ação (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 14, *pr.)* ou perempção do direito de demandar (cp. Código de Processo Civil de 1939, art. 204).

3.

Turbação e imissão. Pacifici-Mazzoni distinguia a ação *de turbação* e a *de imissão na posse de estado:* a primeira compete ao filho, quando na posse do estado, se o pai alega alguma coisa contra o seu estado de filho concebido na constância do casamento; e a segunda compete-lhe quando não possui título nem posse de estado e tem de prová-la por outros meios de direito (PacificiMazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano,* VII, 269). Uma questão nos salteia: os arts. 350 e 351, que limitam os casos em que os herdeiros podem usar da ação, abrangem as duas espécies?

4.

Imissão. A imissão na posse de estado aplicam-se os arts. 350 e. 351, *em absoluto.* A imissão na posse de estado só deve ser ação *privativa* do filho, e as exceções que o Código Civil estipulou não são em favor dos herdeiros, mas, principalmente, como representantes do filho incapaz, ou menor, ou falecido pendente a lide. Quanto à turbação, s.

devemos distinguir as espécies conforme a época em que se dê a impugnação. Se a turbação se operou em vida do filho, e a sentença negou a filiação havida da relação do casamento, não resta dúvida que os arts. 350 e 351 não sofrem, nem podem sofrer exceção. Se, porém, o pai só impugnou tal estado do filho maior e capaz depois de falecido esse, é justo que a ação caiba a seus herdeiros, pela presunção de que o filho, se vivesse, proporia a ação de vindicação de estado. Exemplo: o pai, ausente durante vinte e dois anos, ao chegar, sabe que sua mulher há vinte e um anos dera á luz um filho, que acaba de morrer, já maior. Só do dia em que o pai voltou é que se conta (art. 178, §

42, 1) o prazo da preclusão da ação de impugnação desse estado filial, prazo que é de três meses. De duas, uma: ou se permite ao pai impugnar, sem embaraços, contra os intuitos da lei, a concepção do falecido na constância do casamento; ou se tem de reconhecer aos herdeiros do filho e até mesmo aos interessados a defesa desse estado.

5.

Prescrição. Nos casos em que é possível a ação de filiação, não prescreve nem preclui ela em tempo algum; são, todavia, sujeitos à Prescrição os direitos hereditários inerentes á qualidade de filho havido da relação do casamento. A ação dos herdeiros do filho para prova da filiação havida da relação do casamento prescreve em um ano a contar da data do falecimento (art. 178, § 6ª, XII). Veia Tomo VI, § 707, 7.

6.

Ação dos herdeiros. A prescrição acima concerne à ação de filiação havida da relação do casamento quando o falecido era menor ou incapaz, e não na propôs para se *imitir* na posse do estado. A ação dos herdeiros, no caso de *turbação* de posse, não preclui nem prescreve nunca, porque equivaleria a admitir-se a prescrição do estado civil.

Exemplo: se A sempre foi considerado filho de B e tinha, realmente, a *posse de estado,* e morreu sem que o pai ou mãe lhe turbasse a situação, a ação de filiação para desfazer quaisquer negações póstumas é imprescritível. Compete aos herdeiros e a quaisquer interessados. Mas, se A não tinha título ou posse de estado, nem propôs, em vida, a ação de *irnissão,* não na podem propor os herdeiros senão dentro de um ano após o falecimento do que se presume filho concebido na constância do casamento, *se morreu menor' ou incapaz.*

7.

Antes do parto. Outra situação especial criada pela filiação havida na constância da sociedade conjugal: apode a mãe, antes do parto, propor a ação para reconhecimento desse estado do filho? A afirmativa evidentemente se impte. Separados os cônjuges, por morte, separação judicial, ou anulação, verificando a mulher que está grávida, pode. pela ação *de partu agnoscendo,* cientificar seu marido, ou herdeiros, da gravidez, pedindo exame médico imediato, ou aguardando o nascimento do filho para se verificar pela presunção dos trezentos dias, após a dissolução da sociedade conjugal, a existência da filiação havida da relação do casamento ou a inexistência.

8. *Impossibilidade de coa bitação. É* permitido ao marido, ou seus herdeiros: *a)* provar a impossibilidade física de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho; *b)* aguardar o nascimento do filho, para oferecer a impugnação, e, em tal espécie, deve o juiz conceder-lhe meios para impedir a substituição do recém-nascido, ou suposição de parto; como, por exemplo: se há receios de tais crimes, o empregar vigias *(custodes mittere);* determinar os exames médicos; e, até mesmo, ouvida a mulher, proceder a escolha prévia de parteiros ou parteiras.

9.

Ação de partu agnoscendo. A ação *de partu agnoscendo* éperfeitamente implícita no nosso direito, pois —

ainda se se diz que a existência humana só começa, legalmente, do nascimento com vida (art. 49) de modo a não se considerar homem o feto nãoexpelido, *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* —

a lei põe a salvo,

desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 42, in *une).* Quer dizer: em se tratando de interesses do ser ainda não-nascido, a lei o considera capaz de direitos, razão por que se lhe dá curador, se, na falta do pai, a mãe grávida não tem pátrio poder (art. 462).

10. *Legitimação ativa.* A ação *de partu agnoscendo* pode ser exercida: *a)* pela mãe; *b)* ou pelo curador do ventre. Pela mãe, porque não se lhe pode negar o direito de exigir o reconhecimento da concepção de seu filho na constância da sociedade conjugal; ao curador do nascituro, porque se trata de interesse e benefício do feto: *Qui in utero* est, *perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quacritur* (L. 7, D., *de statu hominum,* 1, 5).

11.

Herdeiros. Dissemos, no inicio deste parágrafo, que os herdeiros do filho — no caso de ter esse sido turbado, em vida, na posse de estado de filho concebido na constância do casamento sendo-lhe desfavorável a sentença — não s.

podem usar da ação de filiação, *salvo se* o turbado morreu sendo menor ou incapaz. Tal regra deriva do fato de não se achar mais o filho na posse de estado e tratar-se, portanto, de ação de *imissão.* Se a propôs O filho, ou se morreu na pendência de qualquer recurso contra a sentença, podem os herdeiros continuar a ação, como o poderiam em qualquer outra circunstância (art. 351), salvo se perimiu a ação, ou já renunciara o autor à ação por ele iniciada. Se houve turbação em vida do filho, sem que, por sentença, fosse destituído da posse de estado, ou se lhe destruísse o titulo (registro civil), qualquer herdeiro pode impugnar turbações póstumas, porque, em caso de turbação, a ação pode ser usada, *em qualquer tempo,* pelo filho, seus representantes legais, herdeiros ou simples interessados.

12.

Lei processual. Na lei processual regulou-se a posse em nome do nascituro, aliás a ação para prova do estado de gravidez, no caso de óbito da pessoa a que deva suceder o nascituro (Código de Processo Civil, arts. 877-878).

Observe-se que não é esse o único pressuposto suficiente. Pode haver outro interesse do que lança mão da *actio de partu agnoscendo.* Não só o interesse relativo a bens é interesse que se protege (Código de Processo Civil, arts. 3Q e 4ª, 1 e II).

No trato das questões ligadas à paternidade e á maternidade, ou à filiação, o que mais importa, técnica e praticamente, é que se cogite, desde o inicio, de classificar a pretensão de que se trata. A filiação, a maternidade e a paternidade dão ensejo a diferentíssimas ações, que não se podem confundir. Têm preclusão diferente ou prescrição diferente, ou não têm preclusão, nem prescrição. Umas passam aos herdeiros; outras, não.

Sem essa rigorosa taxinomia, o interessado não pode saber de que é que se trata, no tocante ao seu próprio interesse.

Por outro lado, há ações de direito de personalidade e de direito de sucessões, em que a filiação é apenas elemento do suporte fático de algum fato jurídico, de que se irradiam a pretensão e a ação.

Capítulo III

Relações entre Pais e Filhos Havidos antes da Relação do Casamento

§ 958. A legitimação no direito romano

1.

Direito Romano. Legitimação designava, em sentido próprio, o efeito de certos atos, pelos quais os Imperadores cristãos, com o intuito de favorecimento ás uniões regulares, permitiam ao pai a aquisição do pátrio poder sobre os filhos *naturais* nascidos do concubinato. Os Imperadores cristãos porfiavam em procurar meios para o desaparecimento do concubinato. Constantino acreditou ter resolvido o problema dando às pessoas, que então viviam em concubinato e tinham filhos naturais, a faculdade de os legitimar se transformassem a união em *iustae nuptiae.*

Anastácio decidiu que a medida poderia ser usada em qualquer tempo. Justiniano conservou a regra. Em princípio, o filho não podia ser legitimado sem sua vontade. Se era *sui iuris,* o patrimônio dele ter-se-ia de absorver no patrimônio do pai, sob cujo poder o poria a legitimação, e dai a necessidade de seu assentimento. Se era menor, bastava que não se opusesse. A legitimação *per subsequens matrimonium* produzia efeitos completos: o filho entrava como agnado na família civil do pai (Nov. 78, c. 8).

2.

Casamento subseqíiente. Para que os filhos pudessem ser legitimados *per subsequens matrimonium,* era preciso que tivessem nascido de pessoas entre as quais o casamento seria possível ao tempo em que foram concebidos. A pré-exclusão abrangia, não só os filhos incestuosos, como também aqueles cujos pais não podiam casar-se, devido a qualquer união legal ou mesmo temporária. A legitimação por subseqúente matrimônio produziu-se com a evolução do direito romano. No direito germãnico. dela não se cogitou, por que o filho reconhecido tinha direitos e deveres em relação à *Sippe* paterna. No

direito romano, o concubinato era como casamento; mas os filhos fora dele e do casamento ficavam sem direitos e foi Justiniano que lhes conferiu certos direitos he reditários.

3.

Rescrito do Príncipe. Além da legitimação por matrimônio subsequente, havia a oblação à cúria e o rescrito do Príncipe. O primeiro modo foi criado por Teodósio 11, no ano 442; permitiu-se ao pai que tinha filho natural o direito de legitimá-lo, oferecendo-o à cúria de sua terra natal, ou, se fosse filha, casando-a com decurião, ou membro s.

das cúrias. Tal legitimação tinha efeitos restritos: o filho caía sob o pátrio poder e tornava-se agnado do pai; mas, por isso que não entrava na família civil, não se fazia *agnado* dos *agnados* do pai (L. 9, pr., C., *de naturalibus liberis et matribus eorum,* 5, 27).

4.

História. A legitimação *per rescriptum principis* vem de Justiniano: se a mãe morria, se ausentava, ou se casava com outro, o pai podia requerer (mesmo em testamento) ao Imperador a legitimação de seus filhos naturais. O

Imperador concedia a legitimação, se o pai não tivesse filhos legítimos e ela produzia todos os efeitos (Nov. 74, c. 2, *pr.).*

§ 959. Legitimação por matrimônio subsequente, no direito brasileiro anterior 1.

Direito anterior. Dos benefícios da legitimação excluia o direito anterior os filhos adulterinos e incestuosos, e antes, com os reinícolas, quaisquer espúrios (Meio Freire, *Institutiones,* II, 118 s.). Posteriormente, assentou-se a doutrina, mas será útil verificarem-se as várias influências que desde esse tempo se exerceram.

2. *Direito canônico.* O direito canônico concedeu a legitimação aos filhos de estupro e aos adulterinos, se entre os pais não havia o impedimento *criminis* (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 310). Entre os escritores brasileiros, ao tempo do Império, reputavam-se ilegitimáveis todos os filhos que proviessem de relações profundamente imorais: isto é, aqueles cujos pais não podiam casar por um dos dois impedimentos: vinculo matrimonial com outra pessoa *(bigamin is)* e parentesco em grau proibido, *respectu parentelae.*

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 56, § 1ª, manteve a

proibição.

§ 960. Legitimação no direito brasileiro vigente

1.

De que resulta a legitimação. Os filhos legitimados são, *em tudo,* equiparados aos concebidos na constância do casamento, anteriormente qualificados —legítimos‖ (art. 352), proibidas quaisquer designações discriminatórias (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, *in fine).* A legitimação pode resultar: *a)*

Do casamento *válido, depois de concebido ou de nascido o filho, ainda que, qualifique-se sob o discrime anterior seja "adulterino".* (Em que pese aos juristas italianos e franceses, que versaram o assunto, podemos dizer que a proteção a esses descendentes não se fez mercê de convicção documentada, e sim por simples campanha um tanto romântica. A legitimação de todos os filhos foi a boa doutrina, e devêramos recebê-la com aplausos, porque se nos afigurou mais equitativa, mais simples e mais acorde com as tendências igualitárias da civilização. Mas a argumentação de Enrico Cimbali foi mais eloquente do que científica, mais de literato que de jurista. Não pesou as vantagens e os inconvenientes, quando fora preciso ter em vista, ao discutir: 1ª, que a legitimação de filhos

—adulterinos‖ tirava, quanto à herança do pai, direitos de filhos —legítimos‖ de outro leito, que a lei devia resguardar; 2ª, que o incesto era crime e a legitimação do —incestuoso‖ dava caráter jurídico a relações imoralíssimas. Cimbali e sequazes não destruíram esses argumentos favoráveis. Viram a questão apenas sob o ponto de vista da equidade ... Daí inexatidões e Consequências.) No casamento válido não podia haver, mantenha-se a designação discriminatória da filiação hoje proscrita em nosso direito, incestuosos. A primeira questão consistiu em se saber se o casamento putativo os devia legitimar. Sustentamos sempre a afirmativa, porque a boa-fé, uma vez que valida, putativamente, o matrimônio, deve validar a união anterior, porquanto, em tal ocasião, já a boa-fé existia. O interessante, porém, é que o paladino dos filhos —incestuosos‖ atacou o casamento putativo como profundamente antijuridico (Enrico Cimbali, *La* Nuova *Fase deI Diritto Civile,* 163). Se suprimirmos o casamento putativo, querendo, todavia, que se legitimassem os —incestuosos‖, teríamos de

facultar a geração entre quaisquer parentes, o que é contrário às tendências de higiene social insufladas nas legislações modernas. Sirva de exemplo a proibição de casamento entre colaterais do 3º grau, medida do Código Civil brasileiro (art. 183, IV), atenuada, de muito, pelo Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, arts. 1ª- 3ª. Quanto aos filhos que no direito anterior se qualificavam —adulterinos‖, a vantagem, que se podia invocar, é a mesma que o Imperador Constantino ale,~ara para instituir a legitimação *per subsequens matrimonium* quanto aos outros filhos: favorecer e incentivar o casamento das pessoas unidas por simples concubinato. A argumentação, que ai fica, expressa em 1917, *supôe* a existência *da linha discretiva* entre legitimidade e ilegitimidade, que o aumento de simetria, lei sociológíca e do mundo, *tendia a excluir e excluiu* (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª).

s.

Em verdade, foi preciso que se desse ao casamento válido ou nulo, mas julgado putativo, a eficácia de legitimar quaisquer filhos anteriores ao casamento como fazia —legítimos‖ os posteriores a ele. Nem se justificaria qualquer distinção quanto à causa da nulidade.

b)

Do casamento putativo em favor de ambos ou de um só dos cônjuqes: ainda que, no discrime conceptual anterior a 1988, o filho fosse —adulterino‖, ou —incestuoso‖ (Código Civil, art. 229: —Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos‖). Lia-se no art. 221, antes da revisão, que propusemos: —Embora nulo ou anulável, quando contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a esses como aos *filhos,* produz todos os efeitos civis *desde a data da sua celebração."* Diante de tal texto, escrevêramos: —Essa última cláusula talvez permita interpretação menos liberal, mas a advedência não procede: a legitimação éefeito da data da celebração apenas; na realidade, efeito que se retrotrai à concepção dos filhos. Dele goza, podanto, o casamento putativo.‖ A Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, emendou o texto, de modo que desapareceu a importância da observação.

A bona *fides* verifica-se no momento do casamento; a *mala Jides superveniens* não exclui a putatividade; por outro lado, pouco importa

se o filho é anterior ao casamento, concebido ou nascido ao tempo da boa-fé, ou da má-fé (cp.

Karl Kieinberger, *Das Recht des unehetichen Nindes und seiner Mutter,* 78). Fomos o primeiro a sustentar que, no sistema do Código Civil, o casamento legitima *quaisquer* filhos, ainda aqueles que, na sistemática procedente à simetria no trato da filiação, eram discriminatoriamente ditos —incestuosos‖ e —adulterinos‖. Veio, depois de cedas lutas, a doutrina acorde, bem como acabou por firmar-se a jurisprudência a esse respeito. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal, a 21 de junho de 1934, continuou de aplicar o Decreto nº 181, de 1890, como se não fosse regra de direito intertempotal que as leis relativas à legitimação apanham todos os filhos nas situações da nova lei (certo, C. F.

Gabba, *Teoria della Retroattività deite Leggi,* 3ª ed., II, 283, que seguiu a jurisprudência italiana, *eg.,* Catânia, Corte de Apelação, 2 de junho de 1874; Gênova, Corte de Apelação, 21 de julho de 1874). Naturalmente, falta de discussão do assunto. Aliás, já tinha julgado cedo, a propósito de filhos sacrílegos (qualificação desaparecida em 1890), o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de julho de 1904 (SRi VIII/290). Frisou esse tribunal que, abolindo a nota de infâmia, com que a lei antiga fulminava os filhos do clérigo, a lei nova —restabeleceu o direito natural, devendo ter, por isso, aplicação imediata, sujeitando ao seu império as Consequências de fatos anteriores‖. (—Aplicação imediata‖; leia-se incidência imediata quanto ao *status.)*

2. *Legitimados são equiparados a havidos na reta çâo do casamento.* Os filhos legitimados têm os mesmos direitos dos filhos

concebidos na constância da sociedade conjugal. O principio, implicito no art. 352 do Código Civil, já se formulara em Decretal de Alexandre III: *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum legitimi habeantur.*

Diz o art. 352: —Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.‖ Juridicamente, a legitimação não retroagia à concepção do filho. É a data da concepção ou do nascimento que, por ficção legal, se considerava protraída ao dia da celebração de quando gozava o filho as prerrogativas da legitimidade: *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativitatis Iegitimae.* Exemplos: o filho legitimado não tinha direito, como concebido na constância do casamento, às sucessões abertas antes de efetuar-se o casamento, embora depois de seu nascimento; e

até se dizia que o filho legitimado, embora mais velho do que os havidos na relação do casamento anterior, era, sempre, em direito, considerado mais moço (assim, Teixeira de Freitas, no *Esbôço,* art. 1.571, alínea 3ª: —Os que nasceram de um casamento intermédio do pai ou mãe legitimamente, reputar-se-ão mais velhos do que o filho legitimado, embora houvessem nascido depois dele‖). Assim, doação ao *primeiro filho concebido na constán,çia do casamento* de uma pessoa competia ao primeiro que assim se reputou; portanto, ao filho do primeiro casamento, se o houve. Competia ao legitimado, como primeiro dos havidos na relação do casamento (em sentido geral), porque a data fictícia do seu nascimento era a do dia do casamento, anterior portanto à de *quatquer* concebido na relação do mesmo casamento. Só entre vários legitisnados do mesmo dia se poderia admitir a contagem da idade real. Outro exemplo: A tinha um filho

—natural‖ com B; B casava-se com A, legitimando assim o filho havido com A antes do casamento dissolvido, Pergunta-se:

~O filho legitimado tinha direito às doações feitas aos filhos havidos na constância do casamento de B *no momento da doação?* Teria, se a legitimação retrotraísse legalmente seus efeitos à data do nascimento, mas isso não se dava: o filho legitimado somente nascia, para os efeitos da legitimidade, no dia em que se efetuava o segundo casamento.

Tratava-se, pois, de ficção da lei, que a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, apagou do sistema jurídico brasileiro (verbo, —os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos‖), e que tinha Consequências como se fora verdade: *Tantum operatur fictio in casu ficto quanturn ventas in casu vero* (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* II, 436).

s.

3.

Casamento intercalar. A legitimação prevalece ainda quando tivesse intermeado casamento com outra pessoa (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* II, 315).

4.

Ações relativas à legitimação. Duas são as ações relativas àlegitimação por casamento subsequente, que é a única legitimação existente no direito brasileiro:

1

- A ação reclamatória de filiação legitimada, ou ação de filiação legitimada, que mais simplesmente deviamos chamar *ação de legitimação* e hoje, sob a regra jurídica de simetria entre filiação havida, ou não, da relação do casamento (Constituição de 1988, art. 227, § 6º 1ª parte), *ação de filiação.* Por ela, pede-se a *imissão* no estado de filho legitimado, ou que cesse a *turbação* sofrida. No primeiro caso, a ação compete ao filho, em todo o tempo de sua vida, e aos herdeiros, mas esses só podem intentála antes de se esgotar o prazo de um ano a contar da data do falecimento do filho, se houver morrido ainda menor, ou incapaz, já se tendo efetuado o casamento. Assim dizemos porque o art. 178, § 6ª, XII, relativo aos filhos concebidos na constância do casamento, é inteiramente aplicável aos legitimados, pois que esses são, *em tudo,* equiparados aos filhos havidos da relação do casamento (art. 352). A pretensão dos herdeiros no caso de turbação não preclui nem prescreve nunca, porque, admitindo-se a hipótese contrária, se teria admitido a prescrição ou preclusão do estado civil do filho; mas prescrevem as pretensões ligadas a esse estado civil, como a pretensão à quota hereditária. Se o casamento só se efetuou depois da morte do filho, os seus descendentes podem, em qualquer tempo, intentar a ação de *imissão.*

II

- A ação negatória de legitimação, que pode ser intentada pelo pai, por seus herdeiros, ou por terceiros interessados.

5.

Impugnação. Os filhos legitimados *per subsequens matrimonium* são em tudo equiparados aos concebidos na constância da sociedade conjugal; mas isso não levava, antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6º ao extremo de se pretender que o prazo de preclusão da ação do marido para impugnar a —legitimidade‖ do filho (dois meses, se presente o marido, a contar do nascimento; e três meses, se ausente ou se lhe ocultaram o fato, a contar do dia em que voltou ou teve conhecimento) se aplicasse integralmente à hipótese de

═legitimação‖. E isso por poderosa razão: *tais filhos, por terem nascido antes do casamento, não tinham a presunção legal da paternidade.* Mas, se o marido, no ato do casamento, ou em qualquer ocasião, o reconhecia como filho, o simples fato de casar-se com a mãe do reconhecido o tornava filho legitimado. Como o reconhecimento era, como continua de ser, irrevogável (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de. 1992, art. 12, pr), cessava, desde aí, para o reconhecedor, a faculdade de impugnar a paternidade, embora pudesse intentar ação negatória de filiação, comprometendo-se a provar qualquer dos fatos seguintes, que elidissem a legitimação diretamente, ou excluissem a paternidade, pela não-identidade do reconhecido: *a)* a inexistência do casamento, pois que a legitimação seria impossível; *b)* a nulidade do casamento posterior e a má-

fé de ambos os cónjuges; porque, julgado nulo o matrimônio, —ilegítima‖ fora, posto que, sob o direito atual, não mais o seja, a prole, se houvesse sentença julgando a má-fé de ambos; *c)* o parto suposto, ou a não-identidade do reconhecido. Incluímos o parto suposto, *suppositio partus,* porque constituía questão de identidade, e1não o mencionar seria a lei civil tirar a alguém a ação em caso criminal.

A legitimação dos filhos falecidos aproveita aos seus descendentes (Código Civil, art. 354). Pode ser posterior à morte do legitimado.

§ 961. Prova da filiação dos legitimados

1.

Eficácia vi et potestate legis. A legitimação opera-se por força da lei, *ui et potestate legis,* sem que seja necessário o consenso dos pais, ou dos filhos, e ainda mesmo que eles manifestem vontade contrária. Todas as vezes em que nos referimos á legitimação não empregamos o termo genericamente: deve entender-se que tratamos apenas da que se efetua *per subsequens matrimonium,* pois que é a única que se admitiu no Código Civil.

2.

Requisitas da legitimação. Como a legitimação é efeito do casamento,

segue-se que são requisitos essenciais para que o benefício se produza, *ipso iure: a)* a existência de filhos de duas pessoas determinadas; *b)* o casamento posterior dessas duas pessoas. O casamento ainda *in extremis* tem o efeito de legitimar os filhos anteriormente havidos. Pela razão de terem nascido antes da época fixada para se considerarem havidos da relação do casamento os filhos, e invocarem a regra *Pater is est,* os legitimados não tinham, como aqueles, a presunção legal da paternidade, de modo que o simples fato não bastava para provar a paternidade. A prova imediata era a da posse de estado, ou a s.

certidão do registro de nascimento. Os meios para fazer certa a filiação eram e são os mesmos admitidos para os filhos concebidos na constância do casamento.

Questão assaz delicada é a de saber se, havendo filhos anteriores ao casamento, se têm por legitimados ainda sem ter havido a averbação do casamento no registro de nascimento dos filhos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, § 1º *c),* 70, 92), e 103). A averbação pode não existir por não ter sido feita, ou por se não ter podido fazer devido a não constar do registro, como do pai, o nome do que se casou com a mãe do registrado. Se apenas se deixou de fazer, tal averbação pode ser feita a qualquer tempo, e o juiz, que tenha de, julgando como questão prévia a legitimação, considerar legitimado o filho, deve providenciar, antes (convertendo o julgamento em diligência), para que se proceda a ela. Se não consta nome de qualquer pessoa como pai, é preciso que se proponha a ação de reconhecimento, fundada nos arts.. 363 e 353 (ação de filiação legitimada), ou que o pai reconheça, após o casamento, o filho nascido antes do casamento, ou que ocorra uma das espécies do art. 349. Se o pretendido pai já morreu o caminho único é o da ação de investigação de paternidade, embora *incidenter (art.* 349). No caso de constar do registro como pai o nome de outrem, só a ação de investigação com rito próprio, cumulando-se-lhe a de retificação do registro, pode bastar. Por isso, é de se receber em termos a decisão da 4e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 16 de maio de 1940 *(RT* 127/517): —Filho nascido antes de 180 dias, contados da data do casamento, é considerado legitimado uma vez que o marido não tenha, oportunamente, nos termos do art. 344 do Código Civil, contestado a legitimidade. Deve, em Consequência, concorrer às heranças paterna e avoenga.‖ Ou havia registro, com o nome do pai, ou não no havia. Na primeira espécie, o julgado seria justo; no segundo, fora do art. 349, não. A posse do estado pode ser prova excelente para se ter como filho a pessoa, mas a posse de estado não

implica reconhecimento (cp. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª). E verdade que a Justiça vinha admitindo a ação de investigação da paternidade ou da maternidade como questão prévia, nos inventários e partilhas; era de repelir-se tal prática abusiva, ainda que ocorresse espécie do art. 349, posto que, sob o direito atual, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento p~ssa ser feito, irrevogavelmente, por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que não haja sido o objeto único e principal do ato que o contenha (Lei nº 8.560, art. 1ª, IV). Não mais há reconhecimento voluntário somente no termo do nascimento, por escritura pública, ou por testamento, como se regrava no Código Civil, art. 3S7ª parágrafo único; quanto á legitimação tem-se, por analogia, o art. 349. A regra jurídica do art. 338, que faz dispensável a ação de investigação, por força da presunção *iuris,* só se refere à filiação havida da relação do casamento; mas é de invocar-se o art. 349, que — por força do art. 352 — aproveita aos legitimados, admitindo-se, então, a prova na ação de filiação havida da relação do casamento. Negou-o a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de março de 1950 *(RT* 186/834), que fizera bem em julgar insuficiente o rito da ação especial dos arts. 595-597 (cf. art. 599) do Código de Processo Civil de 1939, mas, desacertadamente, afastou a incidência do art. 349, do Código, desatendendo, pois, ao art. 352 do Código Civil.

3.

Ação do filho. Ao filho compete, em qualquer tempo, a ação para se fazer reconhecer legitimado. Para isso deve provar: *a) a* sua filiação; *b)* o casamento subsequente de seus pais.

A legitimação pode ser impugnada pelo marido, por seus herdeiros, ou por terceiros interessados, ou pelo próprio filho. quando o pai, os herdeiros, ou os interessados tenham proposto causa firmada na legitimação. A impugnação deve constar da negação da maternidade ou da paternidade, ou da existência ou validade do casamento. Qualquer desses meios é suficiente para destruir o reconhecimento, ou a declaração da legitimação.

4.

Legitimação e *sua eficácia.* A legitimação atinge. não somente os filhos vivos, como também os filhos falecidos, em proveito de seus

descendentes (art. 354). Quando esses não possam tirar proveito da legitimação, cessa, ou não tem incidência, o dispositivo legal, pois que se trata de legitimação *in favo* re. Esses descendentes, em cujo benefício se admite a legitimação dos filhos premortos, podem ser, não somente os concebidos na constância do casamento, como também os concebidos fora da sociedade conjugal, no que lhes possa favorecer. Sem razão, os que, como BaudryLacantinerie *(Précís de Di-oit Civil,* 1, 467), sustentam que a legitimação do premorto aproveita apenas àqueles, descendentes havidos da relação do casamento. A razão que nos assiste é igualmente forte em relação ao Código Civil brasileiro (art. 354) e ao Código Civil francês (art. 332): onde a lei não distingue não nos é lícito distinguir.

São os filhos legitimados. originariamente, *filhos* não concebidos *na constância de sociedade conjugal.* A prova da filiação é, portanto, a que se faz para a filiação havida fora do casamento, *mais* o ato subsequente do matrimônio. Na Lei n0 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª 1,11,111 e IV, assenta-se que se pode fazer o reconhecimento desses filhos havidos fora do casamento no próprio registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, ou por testamento, ainda que incidentemente manifestado, ou por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento dos filhos não haja sido o objeto único e principal do ato que o s.

contêm. Se já estava reconhecido o filho antes do casamento, *toilitur quaestio:* apenas passa ele de uma classe de filhos para outra, isto é, da classe dos filhos havidos fora do casamento para a classe dos legitimados *per subsequens matrimonium,* sem que seja possível qualquer designação discriminatória da filiação (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, in *fine;* Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 19, § 39, e 45).

No caso de não estar certa a paternidade, nem por isso o casamento deixa de operar a legitimação: somente ocorre a quem a alega o ônus de prová-la. Tem-se de compor a certeza dos dois fatos: paternidade, casamento subsequente.

Não é possível que a legitimação e o reconhecimento dos filhos constem do mesmo instrumento, — —ata do casamento‖ (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 39, *pr.).*

No casamento putativo, em que um só dos cônjuges estava de boa-fé,

tratam-se os filhos anteriores ao casamento como *legitimados;* porém o pai culpado só tem os direitos do pai fora do casamento. Quer dizer: se inocente é a mãe, o próprio pátrio poder é dela.

5.

"Legítimo" ou legitimado. Sob o direito anterior ao principio de absoluta simetria no trato da filiação (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª), não impedia a legitimação, quer o reconhecimento tivesse sido voluntário, quer o reconhecirpento não tivesse sido voluntário, o ter o pai ou terem ambos os pais dado, como nascido de concepção posterior ao casamento, na designação do direito anterior, *legítimo* (sentido estrito), o filho, ou o ter adotado o filho um dos pais, ou o terem adotado ambos (Theodor Engelmann, Familienrecht, *J. u. .Staudingers Kommentar,* 7ª-8ª ed., IV, 2ª parte, 1.128; Otto Warneyer, *Kommentar,* II, 858). Tampouco, o tê-lo adotado outrem.

Se o pai adotava alguém, ou se o adotava a mãe, o reconhecimento posterior — voluntário ou não — como filho do casal operava legitimidade, ou legitimação, conforme a época do nascimento. A adoção cessava; começava o pátrio poden ou a tutela, ou curatela, se não havia pátrio poder.

6. *Alimentos.* Se alguém está obrigado a alimento, ou reconheceu a pessoa, que outrem legitima, a obrigação de alimentar continua. enquanto, proposta por quem tenha qualidade a ação denegatória do reconhecimento, ou da legitimação (aliás, anulatória), se não eliminar a eficácia do reconhecimento ou não se rescindir a sentença sobre alimentos à dita pessoa (W. von Blume, \/*erwandtschaft,* 643, 2 a; contra, sem razão, Starch, *Das Recht,* 24. 10).

Também os alimentos provisionais, que, em ação de alimentos, estão sendo prestados, não se suspendem por ter a pessoa, que os presta, casado com o genitor do autor, sem o réu ter legitimado a esse; porque a legitimação somente pode ocorrer com o trânsito em julgado da sentença que importe em reconhecimento forçado. Nem cessam se morre o réu, ou se alguém adota o autor, ou se outrem que o réu reconhece o menor autor na ação de investigação de paternidade ou maternidade. Se, porém, o alimentário é maior e está de acordo com o reconhecimento pelo terceiro (art. 362), implicitamente *renunciou* à pretensão à invesligação de paternidade, ou de maternidade, contra o réu, e pode o réu pedir que se julgue a *desistência* implícita (=

desistência conseqUente à renúncia da pretensão de direito material).

Se pende ação de filiação legitimada e ao casamento é decretada a nulidade, com o trânsito em julgado da sentença a ação de filiação legitimada se diminui em ação de filiação havida fora do casamento, pelo principio de que o pedido do todo contém o da parte. Se pende ação de filiação legitimada e ao casamento édecretada a nulidade, com putatividade, nada se altera ao pedido: continua a ação como de filiação legitimada. Idem, se a sentença é apenas de anulação, ainda que sem ser declarado putativo o casamento Em todas essas espécies, a prestação de alimentos provisionais continua, porque não há mudança na ação, ou, se há, nao atinge a obrigação alimentar, que é igual para todos os filhos: —havido ou não da relação de casamento, ou por adoção‖, diz a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, 5

—terão os mesmos direitos e qualificações proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.‖

Capítulo IV

Relações entre Pais e Filhos Havidos fora da Relação do Casamento

§ 962. Filiação fora da sociedade conjugal e suas espécies

1.

Filhos concebidos fora do casamento. São todos aqueles que descendem de pais não ligados entre si por matrimônio, ou cujo casamento é nulo e não putativo. As definições variam com os sistemas legislativos. O Código Civil, arts. 217 e 221, com o ter admitido a —legitimidade‖ dos filhos de casamento anulável e de qualquer casamento putativo, limitara aos casos insertos na definição que demos o número dos filhos havidos fora da constância da s.

sociedade conjugal: a doutrina tem de se moldar pelo sistema técnico do Código Civil. Tal filiação se dividiu, diacronicamente, em duas classes: *filiação simples natural* e *filiação espúria.*

2.

Filhos simplesmente naturais; espuriedade. Nessa classificaçao, rente á natureza das coisas e com abstração da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, in fine, que pré-exclui designações discriminatórias da filiação, filhos

—simplesmente naturais‖ são os que nascem de pai e mãe não-casados, entre os quais. ao tempo da concepção ou do parto, não havia impedimento dirimente absoluto para o casamento. Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 226) restringia esses impedimentos ao de vinculo matrimonial *(ligamin is)* e ao de parentesco em grau proibido (incesto). As únicas vezes em que o Código Civil se referiu à filiação espúria (arts 184 e 405) usou dos termos —filiação espúria‖, no sentido em que habitualmente os empregavam os juristas, dentre os quais Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 38: —espúrios chamam-se os filhos de pessoas impedidas para casar‖). Como os impedimentos dirimentes relativos não tornavam —ilegítima‘ a filiação, com mais forte razão não na tornavam —espúria‖; e dai a definição que demos.

Não é verdade, por outro lado, que —espúrios‖ fossem apenas (como queria Lafaiete Rodrigues Pereira) os

—adulterinos‖ e os —incestuosos‖. Os —espúrios‖, em tal classificação de pertinência histórica, tão-somente, eram classe, de que —adulterinos‖ e —incestuosos‖, como os —simplesmente espúrios‖, eram subclasses. Tal distinção, que fora consentânea com o Código Civil, foi notada por Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* arts. 208 e 209), quando escreveu: —Filhos naturais são aqueles cujo pai e mãe, ao tempo do coito, não tinham entre si parentesco ou outro impedimento para casarem. Quando havia o dito impedimento, os filhos são espúrios; e esses *podem* ser de danado coito, como os sacrílegos, adulterinos e incestuosos.‖ Filhos —naturais‖, *in specie,* são pois aqueles cujos pais, ao tempo de os conceber, se poderiam ter casado, sem dirimência: *dicitur filius qui natus est ex soluto, inter quos non datur impedirnentum* (absolute dirimens) *ad contrahendurn matrimonium* (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* II, 228). A definição, acrescida por nós das palavras *absolute dirimens,* com que a afeiçoamos ao sistema do Código Civil, era3erfeitamente aceitável e foi recebida como de uso quotidiano.

Existindo o impedimento dirimente absoluto, criava-se, para a filiação, a nota de *espuriedade.* Diziam-se espúrios os filhos.

3.

Classes de filhos espúrios. Sob o direito anterior à pré-exclusão, pela regra juridica constitucional do art. 227,

§ 6ª, de —designações discriminatórias da filiação, os filhos —espúrios‖ dividiam-se em três classes: -Os

—simplesmente espúrios‖ (art. 183, VIII), como fossem: os filhos do cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio contra o consorte daquele etc. Esses já eram, na sistemática do Código Civil, reconhecíveis (art. 363).

II- Os —adulterinos‖, isto é, nascidos na constância da sociedade conjugal de um dos pais com terceira pessoa (art.

183, VII).Os filhos de separados judicialmente não eram —adulterinos‖, pois cessara, com a separação judicial, o dever de fidelidade (34 e 49 Câmaras do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1ª de setembro de 1939, *RF*

81/391-394; 44 Câmara, 12 de agosto de 1938: 5ª e 6ª Câmaras, 29 de setembro de 1938; 6ª Câmara, 2 de maio de 1938). Os filhos concebidos após o trânsito em julgado da sentença de separação judicial não eram —adulterinos‖. Tal afirmação, que fizemos logo após o Código Civil, hostilizada por espiritos reacionários até à injustiça, terminou por preponderar (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 13 de janeiro de 1941, *RT* 134/323: —... desaparecendo as obrigações derivadas do casamento e cessando o dever precipua da mútua fidelidade, deixa de existir o adultério.

Mesmo porque sustentar tese oposta —

apoiada em meras ficções, apesar de valiosas e respeitáveis opiniões —

seria contrariar a própria natureza, a realidade dos fatos e as exigências da evolução social, que não podem ficar à mercê de correntes doutrinárias. Dai, como Consequência da plena liberdade sexual dos desquitados — que tenho por incontestável — não podem ser considerados adulterinos os filhos havidos após o desquite. Eles são simplesmente naturais‖; 54 e 6ª Câmaras do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de setembro de 1938 confirmando o acórdão da 6ª Câmara, de 2 de maio de 1938; 49 Câmara, 12 de agosto de

1938, Tribunal de Apelação, 29 de setembro de 1938, 125/661; 34 Câmara, 14 de dezembro de 1939, *RT* 130/183). Daí não se vá ao extremo, a que certa vez chegou o Supremo Tribunal Federal (31 de julho de 1941), de dizer que não era —adulterino‖ o filho de cônjuges separados sem separação judicial — repetido pela 54 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 7 de maio de 1943 *(RT* 95/93) — que se satisfazia com a simples separação judicial de corpos para cessar o dever de fidelidade (!): —São naturais e não adulterinos os filhos nascidos de um dos cônjuges, antes de decretado o desquite, mas depois da separação de fato, com a expedição do respectivo alvará. Com efeito, trata-se de reconhecimento de filho natural, nascido quando da separação judicial de corpos de seu pai. A decisão do ilustre e operoso Juiz *a quo* acolheu a pretensão, desprezando a alegação de que o pedido improcedia porque a separação judicial, *per se,* era insuficiente sendo necessária a sentença e sua homologação pelo Tribunal superior Essa circunstância não merece acolhida e a jurisprudência assim tem entendido. Desde que há alvará de separação de corpos, desapareceu a obediência dos cônjuges ao respeito da fidelidade conjugal, porque não mais há cônjuge na verdadeira acepção da palavra, bem como não há mais coabitação e sem esta não há que falar em fidelidade conjugal.‖

s.

Se o reconhecimento era anterior à dissolução da sociedade conjugal e essa dissolução sobrevinha, não havia sanação (Câmara Civil de Santa Catarina, 19 de junho de 1950, *RE* 136/500). Mas havia possibilidade de reconhecimento, segundo o que estatuía a derrogada Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, art. 1ª: —Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.‖ Aliás, o filho ainda irreconhecível podia, sob o regime da anterior Lei nº 883, acionar por alimentos o pai (art. 49: —Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegitimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.‖).

Se se ignorava qual a mãe, era possível verificar-se se havia ou não —adulterinidade‖. portanto se não havia

—legitimidade‖. Se se sabia quem era, ou o filho era adulterino, ou não no era. Se o era (mundo fático), não podia ser reconhecido nem

havia ação se o marido não obtivesse a sentença favorável que negasse a —legitimidade‖ (mundo jurídico, em que a —adulterinidade‖ passava a ser alegável), de modo que o acórdão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 18 de agosto de 1953 *(RT* 216/ 307), admitindo que filho —adulterino‖ *a matre* pudesse ser reconhecido por terceiro e herde, foi absurdo: infringiu o art. 344 do Código Civil. Certos, o acórdão da 3e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de novembro de 1943 (152/577); o das Câmaras Civis, a 24 de novembro de 1952 (216/371): —E nulo o reconhecimento do filho adulterino *a matre* levado a efeito no ato da lavratura do registro de nascimento; a paternidade do marido, estabelecida em lei, em relação ao filho concebido na vigência da sociedade conjugal, só por iniciativa dele pode ser declarada inexistente e nos casos que a lei também prevê especi ficadamente‖; o da 5ª Câmara, a 28 de setembro de 1951 (196/ 245): —No mérito é indiscutível o acerto da decisão apelada. Em face dos termos precisos do art. 358 do Código Civil, é nulo o reconhecimento do filho adulterino ou incestuoso. Além disso a presunção de paternidade do marido, estabelecida pela lei, em relação ao filho concebido na vigência da sociedade conjugal, só pode ser abolida por iniciativa daquele nos casos que a lei também o prevê especificadamente. Nem mesmo a circunstância da ausência prolongada do marido elide essa presunção. Este Tribunal, conforme salientou o Juiz, já teve ocasião de decidir que a presunçâo de morte de pessoa desaparecida há longos anos não permite que sejam reconhecidos por terceiro os filhos que teve com o cônjuge do ausente. Por absurda ou hipócrita que seja a presunção de ser considerado legítimo o filho que é manifestamente adulterino, afirma um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, enquanto existir na lei, terá que ser respeitada e cumprida, no seu intuito de proteger a unidade da família legítima‖; e o do 2ª Grupo de Câmaras Civis, 25 de maio de 1950

(187/628): —O decujo não podia arrogar-se a qualidade de pai, quando pai existia, que não impugnara essa qualidade.

A admitir-se o reconhecimento do filho pelo decujo e a incluir-se a embargada no inventário de ..., como filha deste, ficaria ela com dois pais, o que é absurdo.‘

Se já dissolvida a sociedade conjugal, os filhos não eram —adulterinos‖.

Assim sempre pensáramos, porém certos julgados reacionários e impiedosos continuaram a reputar adulterinos tais filhos. Dai ter o

legislador (Decreto-Lei nº 4.737, de 27 de setembro de 1942, art. 1ª) sido explícito: —O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.‖

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, art. 1ª, estatuiu: —Dissolvida a sociedade conjugal, será Permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.‖ Contra a Constituição em vigor á época, arts. 141, § 1ª, e 144, dissera o art. 2ª da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949: —O filho reconhecido na forma desta Lei‖ — isto é, após a dissolução da sociedade conjugal, —para efeitos econômicos, terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.‖

O

Decreto-Lei nº 4.737, de 27 de setembro de 1942, revogado pela Lei nº 883, art. 10, 1ª parte, não aludia a todas as espécies de dissolução da sociedade conjugal; o Supremo Tribunal Federal, a 12 de maio de 1950 *(RF*

131/102), a 1ª Turma, a 16 de abril de 1953 *(Ai* 107/281) e a 2ª Turma, a 17 de janeiro de 1947 *(RT* 181/478), entenderam que não cabia a analogia; de modo que, morto o outro cônjuge, não caberia a ação nem o reconhecimento voluntário. Não se percebe qual a razão que teve o Supremo Tribunal Federal para tal solução desumana e ofensiva do art. 141, § 1ª, da Constituição de 1946. Quanto aos —adulterinos‖ *a matre,* o art. 344 criara obstáculo à ação e ao reconhecimento após a morte do marido: —Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.‖ Se morria a mulher, seria preciso que o marido a pudesse propor em vida sem se expor à objeção de preclusão (art. 178, §§ 39 e 49, 1), ai exercível pelos herdeiros. O filho tido por concebido na constância do casamento, por conseguinte, na terminologia discriminatória anterior, —legitimo‖, mas — nos fatos (note-se: no mundo fático, —adulterino‖ *a matre)* — não podia ser reconhecido por pessoa que não fosse o indicado, pelo casamento, como pai, nem podia propor ação outra pessoa que o pai, ou seu representante legal (em caso de incapacidade absoluta), e assim tinha decidido a 2ª Turma (29 de novembro de 1949, *Ai* 93/ 443; 24 de janeiro de 1950, 95/156): *Pàter is est quem nuptiae demonstrant* (arts. 337-346). Quanto ao reconhecimento e à ação após a morte da mulher, nenhum obstáculo havia, se o filho só era —adulterino‖ *a matre.* Se falecido

era o pai, havia a ação de investigação de paternidade e o —adulterino‖ *a matre* podia propor a ação conforme os arts. 363 e 365-367. Se *a matre* a —adulterinidade‖, sem que fosse ou já sem que fosse de ter-se no mundo jurídico como legítimo o filho (= não s.

nasceu num dos momentos que o art. 338 aponta = não tem por si a regra *Pater* is *est quem nuptiae* demonstrant; ou já sobreveio sentença trânsita em julgado que excluiu a incidência da regra *Pater is est,* em ação que só o marido poderia propor), então havia —adulterinidade‖ *a matre* no mundo fático e no mundo jurídico, cabendo o reconhecimento voluntário ou a ação, segundo os princípios dos arts.. 355-357, 359-367 (cf. 1ª Turma, 5 de setembro de 1949, *a contrario sensu, OD* 64/305). Se o filho era concebido após o trânsito em julgado da sentença de separação judicial, não havia, nem no mundo fático nem no mundo jurídico, —adulterinidade‖, de modo que o reconhecimento e a ação cabiam. Tais discrimes conceptuais apagaram-se e o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento não depende do estado civil dos genitores, ainda de relação de parentesco entre eles. No assento do nascimento não haverá qualquer referência à natureza dessa filiação nem ao estado civil dos pais (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 59, partes inicial e final). Nas certidões do registro civil não se mencionará a circunstância de serem os filhos havidos ou não de relação de casamento (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 6ª, § 1ª), salvo a pedido do interessado ou por ordem judicial fundamentada (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 19, § 3ª, 2ª parte), —assegurados os direitos, garantias e interesses do registrado‖(Lei nº 8.560, art. 6ª, § 2ª, 2ª parte), pré-excluída qualquer inserção de indícios de concepção decorrente de relação extraconjugal (Lei nº 8.560, art. 6ª, *pr.).*

III

- Os —incestuosos‖, isto é, os nascidos de parentes —legítimos‖, —naturais‖, —afins‖, ou —adotivos‖ (BaudryLacantinerie, *Précis de Droit Civil,* 1, 87: *Les enfants incestuex sont le fruit d'un inceste, c'est-â-dire dv commerce de deux personnes entre lesquelies ii existe un empêchement au mariage á raison de la parenté ou de l'alliance.).* A definição da —incestuosidade‖ era, para a doutrina do Código Civil, incompleta. Porque, de acordo com o revogado art. 358 combinado com o derrogado art. 363, eram incestuosos‖ os próprios descendentes do adotado com a adotante, ou com filho superveniente dessa etc. Para se cementar tal convicção, bastava que se lesse o art. 363, antes

da modificaçao que lhe operou a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª: —Os filhos ilegítimos que não caibam no art.

183, nº~ 1 a VI Isto é, em grau proibido quanto ao casamento (art. 183, 1 a V). Eram —incestuosos‖, por exemplo, o filho de dois irmãos, do pai e da filha, de padrasto e da enteada, de sogro e da nora, de adotante e da adotada etc.

Os filhos de pessoas cujo casamento fosse nulo apenas por incompetência do juiz, que o celebrou, não eram

—espúrios‖, e sim ‗naturais‖, pois que não existia *impedimento* entre os pais e estavam aptos a se unir validamente.

Os —simplesmente espúrios‖ eram reconhecíveis, os —adulterinos‖ eram-no, após a dissolução da sociedade conjugal e os —espúrios‖ não eram reconhecíveis. O direito apagou o dado fático quanto a *alguns* efeitos da incidência da regra jurídica sobre suporte fático em que um dos *essentialia* configure quaisquer das três classes — não, a todos — e, e.g., permitiu o reconhecimento dessa filiação sem limitação (Constituição de 1988, art. 227, §6ª; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 20 e 26; Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, arts. 1ª, 5ª e 6ª, *pr.,* e § 1ª).

§ 963. Reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento

1. *Reconhecimento e prova qda filiação.* Existem dois modos de reconhecimento e prova da filiação havida fora do casamento:

a) O *reconhecimento voluntário,* que consiste na declaração de paternidade ou de maternidade, feita pelo pai, ou pela mãe do nascido fora do casamento, segundo as formas prescritas na lei. Discute-se se o reconhecimento da paternidade é negócio jurídico: alguns afirmativamente (cf. P. Eltzbacher,sDie *Handlungsfáh* igkeit, 164 e 200 s., e Unzner, em G. Planck, *Kommentar,* IV. 436). Sem razão: o reconhecimento, aí, é ato jurídico *stricto sensu* (§ 233, 1); o que prepondera é a comunicação de conhecimento, o enunciado de fato; nem se pode tratar, sequer, como manifestação de vontade receptícia.
b) O *reconhecimento judiciário,* ou *forçado,* que decorre da sentença na ação que os nascidos fora do casamento têm contra os pais, ou contra

os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.

O reconhecimento é irrevogável, e não pode haver retratação. Pode ser anulado por erro, dolo ou coação. Não há, porém, a impugnação pelo declarante, por ser falsa, como pareceu admitir a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 13 de março de 1952 *(RT* 202/173).

2.

História. O reconhecimento da filiação havida fora do casamento é a fase última de instituto juridico originário de Roma: a legitimação *per rescriptum principis* (Nov. 74, c. 1; e Nov. 89 c. 9). Chamou-se, depois, nas Ordenações, até às Filipinas (Livro 1, Título 3, § 1; Título 85, § 2), *perfilhação de autoridade real;* mais tarde, no direito brasileiro, *perfilhação solene.* No intervalo de 1890 a 1916, procuraram os juristas distinguir reconhecimento e perfilhação. No entanto, as diferenças, que se esboçavam, não permitiam considerarem-se separadamente os dois modos de prova da filiação havida fora do casamento. Eram apenas indícios da transformação por que passava, ao s.

contacto das formas modernas insertas nos Códigos, o velho instituto romano.

3. *"Incestuosos" e "adulterinos".* No direito anterior a 1988 podiam ser reconhecidos os filhos havídos fora do casamento, exceto os que, então, eram ditos —incestuosos‖ e —adulterinos‖, de conformidade com o que, antes da revogação pela Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, estatula o art. 358: —Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos‖; mas, conforme veremos, tal limitação não subsistiu, diante do texto constitucional já de 1937. Da proibição do art. 358 resultava que o reconhecimento, ainda que se fizesse com os requisitos legais de forma, seria considerado nulo desde o momento em que se provasse, quando possível, a filiação —adulterina‖ ou

—incestuosa‖ do reconhecido. Não produziria, portanto, nenhum efeito, nem contra o filho, nem a seu favor. Aliás, tal proibição não existia no Projeto do Código Civil: adveio de emenda de iniciativa da Câmara dos Deputados (1901).

4.

Ação de *reconhecimento.* A ação de reconhecimento pode ser exercida ainda antes do nascimento e a mãe tem ação de alimentos, desde a concepção para si e o filho. Se há casamento, cuja nulidade ainda não foi decretada em ação própria, ou, se o foi, não passou em julgado a sentença, não cabe tal ação de alimentos (Otto Warneyer, Rommentar, II, 854), mas a do art. 233,1V e V. Também pode a mãe ou o curador do ventre pedir justificações a perpétua memória e o exame do ventre. Uma vez proposta a ação de alimentos com base no art. 233, V, a superveniência da sentença que decrete a nulidade e transite em julgado, continua como se fosse a ação de alimentos a filho havido fora do casamento conforme a espécie. A decretação da anulação não muda o *petitum,* porque a anulabilidade não obsta a que seja havida da relação do casamento a prole. Idem, se o casamento nulo foi declarado putativo quanto a ambos os cônjuges ou quanto a um só.

§ 964. Reconhecimento voluntário

1.

Pelos pais, conjunta ou separadamente. O reconhecimento somente pode emanar de ambos os pais, ou de um deles, pois que se trata da confirmação de fato essencialmente pessoal: a paternidade, ou a maternidade. Não obsta isso a que o reconhecimento se faça por mandatário, uma vez que a procuração contenha poder especial, em instrumento público. Disse a Lei nº 8.069. de 13 de julho de 1990, *art.* 26, 1ª parte: —Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos tpelos pais, conjunta ou separadamente‖.

2.

Registro, escritura pública, documento público, escrito particular, testamento. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, independe do estado civil dos pais ou de eventual relação de parentesco entre eles e pode ser feito, conjuntamente ou separadamente: *a)* no próprio termo de nascimento lançado no registro civil; *b)* mediante escritura pública; *c)* por testamento; *d)* por documento público ou por escrito particular, a ser arquivado em cartório. Lê-se na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª:

—O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irregovável e será feito: 1 - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidental-mente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.‖ O reconhecimento no termo de nascimento, lançado no registro civil, faz prova, sem necessitar de outra declaração que a usual sobre a descendência do registrado, desde que assinado o termo peío —declarante‖

(Tribunal da Relação de Minas Gerais, 4 de maio de 1927, *Ad* 11/397), ou também por ele, se outrem foi o

—declarante‖. Pode ser impugnado nos casos em que o pode ser o registro (6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 16 de junho de 1931, *RD* 104/391); e.g., por falsidade (Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de janeiro de 1928, *RD* 89/590). O filho pode ser reconhecido: por ambos os genitores pessoalmente, ou pelo pai com a declaração de reconhecimento ou de anuência da mãe à efetivação da averbação no livro de nascimento, ou pela mãe com a declaração de reconhecimento ou de anuência do pai à efetivação da averbação no livro de nascimento, ou pelo pai, ou pela mãe. Se no assento do nascimento não está a paternidade estabelecida, diz a Lei nº 8.560, art. 2ª, *pr,* —o oficia! remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identificação e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.‖ Ouvida em juízo, sempre que possível, a mãe, e confirmada pelo suposto pai a paternidade, será —independentemente do estado civil dele — lavrado o termo de reconhecimento e expedido mandado de averbação ao Oficial do Registro Civil. Se o suposto pai não atender à intimação em trinta dias, ou se negar a paternidade, o juiz remeterá os autos do procedimento ao órgáo presentante do Ministério Público _para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade‖ (Lei nº 8.560, art. 2ª, § 4ª). Se o órgão do Ministério Público não tem essa atribuição, hão os autos ser enCamin.hados ao órgão estatal que eventualmente a tenha, sem obíce a que, visando a obter *o* pretendido reconhecimento da Paternidade, a intente *o* interessado (art. 2ª, § 5º)~ O juiz, quando entender necessário estatui no art. 2ª, § 2ª, a Lei nº 8.560, determinará que as diligências desse procedimento sejam realizadas em segredo s.

de justiça.

3.

Escritura pública, documento público, escrito particular. O reconhecimento em escritura pública, ou documento público, ou escrito particular, a ser arquivado no cartório, tem a sorte da escritura pública, ou documento público, ou do escrito particular; porém, se a decisão não nega a autenticidade da —declaração‖, há o começo de prova por escrito de que cogita o Código Civil, art. 363,111. Discutiu-se se o reconhecimento da paternidade há de ser adrede, em ato jurídico de reconhecimento, ou se pode ser inserta noutro negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* declaração de reconhecimento que importe em reconhecimento (reconhecimento incidente ou secundário); *e.g.,*

—declarou que outorgava poderes a D para representar o outorgante e as suas filhas menores de dezesseis anos na escritura de venda e compra do imóvel sito à rua R‖; —por esse ato declarou que, em seu próprio nome e dos seus filhos E e C, dava quitação da quantia x‖. Noutros termos: ou *a)* a escritura pública, ou o documento público, ou o escrito particular, se fez especialmente para enformar o reconhecimento da paternidade, ou *b)* foi para outro ato, em que se insere o reconhecimento, acidentalmente, ou *c)* foi para outro ato jurídico e para o reconhecimento da paternidade. A opinião que só admite a eficácia do reconhecimento *a)* limitaria em excesso a manifestação de conhecimento (e.g.7 Hermenegildo de Barros, *Manual,* 432); a opinião que admite qualquer das duas espécies *a)* e *b),* logicamente permite *c)* Carlos de Carvalho *(Nova Consolidação,* art. 129, *a)* mencionou *a)* e *b):* —em escritura pública de notas, ainda que essa declaração seja incidente ou acessona Foi a Lei de 2 de setembro de 1847, art. 49, que exigiu escritura pública ou testamento. Acrescentou-se no Código Civil o caso do reconhecimento no termo do nascimento, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o mediante documento público outro que não a escritura pública, e, na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, os casos do reconhecimento por escrito particular, a ser arquivado em cartório, bem assim por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contêm. A 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 27 de outubro de 1950 *(RF* 136/150), entendeu que a declaração de reconhecimento pode ser feita, incidentalmente, em escritura de venda e compra, ou de pré-contrato, em que seja mencionada a pessoa como filho *(e.g.,* por mim e minhas filhas A e E). Assim, Soriano de Sousa Neto *(Reconhecimento voluntário de Filhos ilegítimos,* 67) e a P

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de setembro de 1946 *(RT* 165/327). Devemos interpretar: —escritura pública ou instrumento que se lhe equipare, como a declaração por termo nos autos e a confissão judicial, ainda em processo criminal‖.

4. *Testamento.* Inserto no testamento o reconhecimento, discute-se se a revogação daquele implica a desse. Alguns *(e.g.*. O. Opet, *Das Verwandtschaftsrecht,* 27; W. E. Knitschky, *Das Rechtsverhãhnís zwischen Eltern und Kindern,* 24) pensam em ser questão de interpretação. Outros aludem às circunstâncias de eficácia *(e.g.,* Unzner, em G. Planck, *Kommentar,* IV, 436). No direito brasileiro, se o testamento foi por escritura pública, o reconhecimento está com um dos requisitos formais suficientes, de modo que a revogação do testamento não alcança o reconhecimento, ainda que se trate de simples disposição testamentária ou diga —deixo a meu filho E‖. Tratando-se dos atos de reconhecimento nos testamentos, escrevemos alhures (nosso *Tratado dos Testamentos* 1, 83-85): —Nos atos que declaram direitos, em vez de os constituir (diferença essa que é de natureza capital no trato do assunto), a revogação (do testamento) não poderá produzir, *de direito,* a retratação do que declarou. São possíveis, nos testamentos, tais declarações, porém elas nada têm de comum com o conteúdo patrimonial, essencíalmente revogável, dos testamentos. Seria ofender a declarativídade daquelas comunicar-lhes a revogabilidade inderrogável dos atos constitutivos de direitos, que inte-gram a figura jurídíco-econõmíco do testamento (art. 1.626). Pode suceder que a declaração, por exemplo — o reconhecimento de filho — se faça em testamento particular ou secreto. Mais ainda: em escritura pública de testamento, sem os requisítos do testamento Público, porém com todos os que em geral se exigem aos atos notariais; em testamento cerrado, cuja cédula esteja perfeita, porém nulo o ato de aprovação. Se o testador romper o testamento particular, cujas declarações necessariamente as testemunhas conhecem (arts. 1.645, III, 1.647), nada obsta a que, na açao de filiação, sejam elas inquiridas. Mas então, pelo desaparecimento do ato escrito, a lembrança do ato de reconhecer apenas constituirá elemento de prova. A revogação pela destruição do instrumento implicará retratação *de fato.* Se a destruição não foi devida ao testador, o processo, que reconstituiu o testamento particular, reconstituirá a parte dele que reconhecia o filho. Se o reconhecimento se fez em testamento cerrado, que o testador não comunicou às testemunhas (o que é a regra), destruído ou extraviado, não se poderia cogitar do efeito de tão secreta declaração.

Feito em testamento público, sem os requisitos dos arts. 1.632 e 1.634,

porém com as formalidades gerais das escrituras públicas, seria absurdo negar-se a firmeza do reconhecimento, que o ml. 357 permite se faça no termo do nascimento, mediante escritura pública, ou por testamento. Tanto mais quanto é princípio expresso que o reconhecimento do filho não se pode subordinar a condição ou termo (art. 361). Se for impe~vel o testamento, mas nuamente, ou por outro testamento, o testador o revogar, vale o reconhecimento já feito, a que não se poderia conceder qualquer condição, menos ainda a potestativa pura. Feito em testamento cerrado, que foi lido, ou, secreto, foi aberto e anulado por defeito do ato de aprovação, valerá, como elemento de prova, o depoimento dos que ouviram, ou, no segundo caso, a despdito da nulidade do ato notarial, será o escrito do testador (não o a rogo) um daqueles a que se refere o art. 363, 111. Se o testamento particular estiver em forma legal, escrito e assinado, s.

portanto, pelo testador, e assinado pelas testemunhas, mas não puder ser confirmado pela exigência do art. 1.648, de certo constituirá o escrito do ml. 363, 111, isto é, permitirá a ação. ‖ Na jurisprudência brasileira também se encontram os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de novembro de 1915 e a 10 de abril de 1917, que, aprioristicamente, enunciaram ser revogável o reconhecimento feito em testamento *(RT* 6/89; 21/411). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, a 19 de maio e 25 de novembro de 1931 *(RJB* 19/34). Antes contra, e certo, o Superior Tribunal de Justiça do Pará, a 16 de março de 1904 *(RD* 111/211).

5.

Nulidade do testamento. A própria nulidade do testamento, se deixa incólume, formalmente, o reconhecimento, não atinge materialmente a esse (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 5 de julho de 1922, *RD*

67/197; 10 de março de 1923, RF 41/304).

§ 965. Capacidade para reconhecer

1.

Comunicação de fato, conteúdo de declaração unilateral de vontade. A lei nada explica sobre a capacidade requerida para reconhecer filho

havido fora do casamento; mas é de crer-se que se não apliquem à espécie as regras relativas à capacidade de exercer os demais atos da vida civil (assim, Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano,* VII, 284; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil,* 1, 477). Não se trata de contrato, mas de simples declaração unilateral de vontade, com o conteúdo de *comunicação de fato.* Quaisquer pessoas podem reconhecer, inclusive: *a)* O menor de vinte e um anos e maior de dezesseis anos, ainda que sem *venha aetatis* e sem assentimento do pai ou do tutor. (Essa é a opinião de Merlin, Duranton, Toullier, Aubry e Rau, Marcadé e outros, que fora ocioso enumerar. Diante das expressões do art. 5ª do Código Civil, que incluí entre os —absolutamente incapazes de exercer *pessoalmente* os atos da vida civil‖ os menores de dezesseis anos, esses não podem, em caso algum, reconhecer paternidade, ou maternidade.) *b)* A mulher casada, ainda sem assentimento do marido, ou sem suprimento judicial.

2.

Incapacidade Não podem reconhecer, por serem absolutamente incapazes~ *a)* os menores de dezesseis anos; *b)* os loucos de todo o género; *c)* os surdos-mudos que não puderem exprimir a Sua vontade; *d)* os ausentes, declarados tais por ato do juiz (Código Civil, art. 59, 1-1V). as, se os ausentes aparecem em cartório e reconhecem *v.g.,* por escritura pública, ou o fazem por testamento, antes do levantamento é válido e eficaz *o* ato.

A incapacidade de reconhecer voluntariamente não pré-exclui a capacidade passiva no reconhecimento forçado: pode-se propor ação de reconhecimento da filiação havida fora do casamento, como a açao da filiação havida da relação do casamento, ou da filiação comum antecedente ao casamento, contra o louco, o surdo-mudo que não possa exprimir a vontade, e a pessoa julgada ausente por sentença do juiz.

3.

Tempo. A capacidade aprecia-se ao tempo do reconhecimento, e não ao tempo da geração, ou do nascimento do filho. O que passou dos dezesseis anos pode reconhecer o filho gerado ou nascido antes.

4.

Ato personalíssmo. O reconhecimento é ato personalíssimo: ao pai só é lícito reconhecer o filho em relação à filiação paterna; *à* mãe, quanto *à* filiação materna. O reconhecimento por um só dos pais produz efeito, portanto, em relação a ele, e só em relação a ele; não se dá, por si só, ao filho reconhecido qualquer direito perante o outro genitor.

5.

Mãe e pai. A situação da mãe é independente, quanto *à* maternidade, da situação do pai. O reconhecimento por um dos pais produz efeitos integrais em relação ao que reconheceu. Por isso mesmo, ainda antes da Constituição ~çle 1937, o Tribunal de Justiça de São Paulo dizia, e bem, que os filhos de mulher solteira, ainda que casado o pai, tinham direito *à* sucessão materna (Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1928, *RT* 66/292).

s.

§ 966. Quando pode ser feito o reconhecimento

1.

Antes do nascimento do filho; depois do falecimento. O reconhecimento pode ser feito: 1 - Antes do nascimento do filho (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 26, parágrafo único, 1ª parte), isto é, no período que medeia entre a concepção e a data do parto: *Infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur.* O

prazo máximo, de acordo com o Código Civil, art. 338,11, aplicável como presunção legal, é o de trezentos dias. Se o pai reconhece o ente a nascer e esse só vem à luz trezentos e um dias depois, não se contando o dia do reconhecimento, deve-se considerar inexistente o ato, salvo prova de prolongamento anormal da vida uterina além dos

trezentos dias, o que, devidamente provado, elide a presunção contrária. II - Em vida do filho. A opinião que, de *hure condendo,* reputa ineficaz o reconhecimento do *conceptus sed nondum natus* desatende a que pode o pai querer, desde logo, salvaguardar os direitos do nascituro; e é pena que a tenha adotado a doutrina alemã. A eficácia, ao nascer, é completa. 111 - Depois do falecimento do filho, se deixa descendente. E o que diz a Lei nº 8.069, art. 26, parágrafo único, 2ª parte: —O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.‖ Não é eficaz o reconhecimento após a morte do filho que não deixar descendentes (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de março de 1944, *RT* 180/706). Cumpre repelir-se doutrina estrangeira que se chocaria com a letra da lei.

2.

Gravidez. A permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o filho, ou de se achar por outro qualquer motivo (interdição por loucura etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe de escapar, com vida, do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho.

Nesse caso, a comunicação da gravidez equivale ao reconhecimento do filho, uma vez que seja feita mediante escritura pública ou testamento. A comunicação da gravidez da mulher pelo pai implica o reconhecimento da paternidade; mas é necessário que o filho nasça dentro do periodo legal máximo, que é de trezentos dias, salvo anormalidade de gestação suficientemente provada.

§ 967. O que deve conter o ato do reconhecimento

1.

Elementos necessários São elementos necessários do ato do reconhecimento: *a)* a —declaração‖ do pai ou da mãe; *b)* capacidade do pai ou da mãe. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu assentimento (Código Civil, art. 362, 1ª parte), e o menor pode impugnar o reconhecimento, a qualquer tempo, sem a limitação temporal dos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à

emancipação, como se estatuiu no Código Civil, art. 362, 2ª parte, porquanto o reconhecimento do estado filial, enquanto direito pessoalíssimo e indisponivel, não mais se submete a nenhum prazo extintivo (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 27, 1ª parte).

2.

Não *se precisa da referência ao outro genitor.* A comunicação da maternidade por parte do pai e da paternidade por parte da mãe não é requisito necessário. Antes da Constituição de 1937, se o filho —incestuoso‖ ou

—adulterino‖ tivesse sido reconhecido, o ato seria absolutamente nulo; mas para que a nulidade fosse decretada seria mister que se provasse a incestuosidade‖ ou procedência —adulterina‖ do reconhecimento. Se o filho tivesse sido reconhecido pelo pai e pela mãe, e da comparação do ato de nascimento com a data do casamento de um deles resultasse a nota de —adulterinidade‖, o reconhecimento seria nulo, como o seria se existisse parentesco proibido entre os reconhecedores (— incestuosidade‖). Posteriormente, os separados judicialmente passaram a poder reconhecer filhos concebidos antes da separação judicial; e o que não tinha dever de fidelidade somente não podia atribuir ao que o tinha ter sido o ouho dos pais. As Constituições, quando editam regras de direito material que atingem o direito penal ou civil, revogam as regras de direito material penal ou civil que são *inconipativeis* com ela. Advento de outra Constituição, que nada diga, não tem o poder de *reviver* a regra derrogada ou revogada. A Constituição de 1937, art.

126, disse que a lei asseguraria a igualdade dos —filhos naturais‖ com os legítimos e lhes facilitaria o reconhecimento, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a esses incumbirem aos pais. O art. 358 do Código Civil não poderia mais incidir O art. 126 da Constituição de 1937 fé-lo inconstitucional. A revogação expressa pela Lei nº

7.841, de 17 de outubro de 1989, somente teve significação de explicitude. Houve o art. 144 da Constituição de 1946, e o art. 153, § 36, da Constituição de 1967, como há, hoje, o *art.* 59, § 2ª da Constituição de 1988.

3.

Condição ou termo. O reconhecimento não se pode subordinar a condição ou a termo. Estatui o art. 361: —Não se pode subordinar a condição, ou a termo, o reconhecimento do filho.‖ Veja Tomo V, § 542, 1, 2.

s.

4.Unilateralidade. O reconhecimento é ato unilateral, dependente de recepção, se maior o reconhecido. No caso de menor, não precisa de assistência do tutor, nem do outro genitor

§ 968. Investigação da maternidade: reconhecimento forçado

1.

Maternidade e certeza. A maternidade, mesmo quando em relação a filhos havidos fora do casamento, é quase sempre certa. *Mater in iure sem per certa est* (L. 5, D., de *in ius vocando,* 2.

4).

Se, por ventura, deixa de existir essa certeza, a investigação da maternidade é, de regra, permitida. A prova da maternidade faz-se pelo registro civil. Na falta, por indícios fortes que possam persuadir da relação biológica entre a pretendida mãe e a pessoa de que se trata. Os casos de maternidade improvada são raros. Derivam, ordinariamente, de ocultação do filho, de abandono (exposição), ou de rapto. Por outro lado, pode emanar do tempo entre o nascimento e a ocasião em que se procure apurá-la, não existindo a prova do registro civil, ou outra qualquer, admitida em lei.

2.

Quando não se admitia a investigação. Antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, que não mais admite limitações à investigação da maternidade, não era possível a investigação que tivesse por fim atribuir: *a)* prole

—ilegítima‖ à mulher casada; *b)* prole —incestuosa‖ à mulher solteira (ou não). (A respeito do art. 364 do Código Civil, escrevêramos em 1917: ‗As Consequências do preceito são múltiplas. Destroem de algum modo os efeitos da proibição, inserta no art. 358, quanto ao reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. O defeito vem do Código Civil francês e do Código Civil italiano, razão forte, portanto, para que, advertidos pelos comentadores daqueles Códigos, o evitassem os nossos legisladores. Admitindo a hipótese de reconhecerem-se filhos adulterinos e incestuosos, por isso que o art. 364 inibe a investigação da maternidade quanto a filhos adulterinos da mulher casada e incestuosos da solteira, dois casos existem em que não se poderá provar a adulterinidade ou incestuosidade do reconhecido e, ipso *facto,* decretar a nulidade do reconhecimento. Esses dois casos são os seguintes: 1ª, se um pai reconhece o filho adulterino sem dizer qual a mãe do reconhecido, e esta está casada, de modo que, se não existir a prova do termo de nascimento ou extraida da sentença que reputar nulo o casamento dela com o reconhecedor na constância de outro matrimônio, a maternidade não poderá ser investigada e portanto será impossivel a prova da nulidade do reconhecimento; 20, se um pai reconhece o filho (incestuoso), ocultando a sua origem e sqn dizer qual a mãe do reconhecido, não se poderá investigar a maternidade com o fim de atribui-la a alguma mulher solteira ou não.

Em qualquer dos casos, porém, se o pai disser quem é a mãe, embora a sua comunicação não *prove* a maternidade, nulo será o reconhecimento por força dessa confissão paterna da adulterinidade ou incestuosidade do reconhecido‘.) Dizia o Código Civil, art. 364: —A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegitima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358).‖ O conteúdo da regra jurídica era o seguinte: a) se constava do registro que alguém era filho de A (pai), não podia ser investigada a maternidade se quem se cresse fosse a mãe, C, era casada com E; ou b) se A era ascendente ou descendente, ou irmão, ou padrasto, ou enteado, ou pai adotivo, ou filho adotivo da pessoa, C, que se cresse fosse a mãe. Nas espécies a), cessada a sociedade conjugal de E

e C, era investigável a maternidade. Nas espécies *b),* não, salvo se houvesse casamento que fosse julgado nulo, mas putativo, ainda que somente quanto a C, ou não, porque, aí, não se imputava à mulher descendência —incestuosa‘, — a

—incestuosidade‖ já *constauci* do processo. O art. 364 tentava evitar escândalo: se já houvesse, em processo sentenciado, com trânsito em julgado, não incidia o art. 364. A respeito, comparem-se os arts. 367 e

405. O art. 358

está revogado.

No art. 364 falou-se de se não poder investigar a maternidade, atribuindo-se prole —incestuosa‖ à mulher —solteira‖.

Lapso do legislador. Não se podia investigar a maternidade atribuindo-se prole —incestuosa‖ à mulher solteira, casada ou viúva, O art. 364 não incidia se a —incestuosidade‖ da filiação constasse da sentença frânsita em julgado.

3.

"Adulterinidade" e "íncestuosidade". De 1) e da combinação de 2), referido no nº 2, com os arts.. 338 e 339, que fixam os casos de presunção da paternidade na constância da sociedade conjugal, e com o art. 217, bem assim o que se continha no art. 337, antes de sua revogação pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10, que só admitiam a —legitimidade‖ dos filhos de casamento válido, putativo, ou anulável, resultava: a) que só se proibia a investigação da maternidade adulterina quanto aos filhos que nasciam no prazo, ou com os requisitos legais para serem presumidos —legítimos‖, e não quanto aos anteriores à sociedade conjugal, ou posteriores à sua dissolução; 14

que a lei só inibia a investigação da maternidade quando a mulher estivesse na constância de sociedade conjugal proveniente de casamento válido, putativo, ou anulável, e não proveniente de casamento inexistente, ou nulo (em s.

todo o caso, se nulo o casamento, tinham de ser cumuladas as ações de nulidade do casamento e a de investigação, sendo aquela prejudicial e devendo exigir-se, além disso, a legitimação ativa para a ação de nulidade do casamento); *c)* que so se vedava a investigação quando se pretendia atribuir à mulher Solteira, casada, ou viúva, filhos

—incestuosos e nao quando se lhe quisesse provar a maternidade de filhos —ilegítimos‖ de qualquer outra espécie.

Ê preciso, porém, advertir-se em que a —adulterinidade‖, ou a

—incesmosídade‖ podia provir de atos inconcussos, e nesses casos não teria incidência o art. 364, que circunscrevia a investigação da maternidade em relação à mulher casada e ao incesto, pois que, provada a maternidade incestuosa, ou adulterina, nada se tinha a investigar. O Códi9o Civil proibia (art. 364, antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª) a ação de *investigação* da maternidade nas duas espécies referidas, mas não impcdia a prova, tanto assim que admitiu expressamenle a prova em todos os casos, sem excetuar quanto à mulher casada e ao incesto (arts. 356 e 367).

4. Espécies principais. Formulemos, pelo interesse histórico, as hipóteses principais: a) O marido impugnava a

—legitimidade‖ de filho, presumido seu, por ter nascido em qualquer dia dentro no espaço de tempo que vai de cento e oitenta dias depois da convivência conjugal a trezentos dias depois da dissolução da sociedade conjugal. Julgada por sentença a —ilegitimidade‖ do filho, provada ficava a —adulterinidade‖. *b)* Filho que se inculcava —legítimo‖ conseguia provar a sua filiação materna, mas o marido da mãe provava, como lhe permitia a lei, não ser ele o pai: a sentença que decidisse esses dois pontos estabelecia a filiação —adulterina‖ do pretendente. *c)* O casamento era julgado nulo, por ser bígamo um dos cônjuges: se esse matrimônio não fosse considerado putativo em favor de um deles, a filiação seria —espúria‖, mas a paternidade e a maternidade dos filhos nascidos na constância da sociedade oriunda do casamento nulo ficavam protºdas, de modo que essa prova implicava a da origem —adulterina deles‖ (Código Civil, art. 367: —A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.‖). *d)* Casamento contraído entre parentes —legitimos‖, —naturais‖, —afins‖, ou —adotivos‖, em grau proibido, era julgado nulo: os filhos nascidos na constância dele seriam, Legalmente, filhos —incestuosos Tais filhos —adulterinos‖ ou —incestuosos‖ eram *reconhecíveis* pelo outro genitor e investigável a paternidade, porque não havia com isso provocação de escândalo: havia declaração sentencial de adultério‖ ou de —incesto‖ e havia o fato do nascimento.

5. *Maternidade e falsidade do termo de nascimento.* Quando a maternidade consta do termo de nascimento do filho, a mãe só a pode contestar, provando a *falsidade* do termo do nascimento do filho lançado no registro civil, ou das comunicações de fato nele contidas. Lê-se no art. 356: —Quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só a poderá contestar, provando a

falsidade do termo, ou das declarações nele contidas‖ em processo‖, diz a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 art. 113, —contencioso‖. A filiação materna pode resultar do casamento julgado nulo, ainda mesmo se contraído de má-fé (art. 367: —A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.‖). Inclusive, portanto, a que, anteriormente, se dizia —espúria‖. Todavia, o art. 405 estatul: ‗O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, *somente paro o efeito da prestação de alimentos."* (O enunciado grifo perdeu *rcz tio essendi* com a Constituição de 1988, art. 227, § 6k). Convém advertir-se, todavia, em que o ari. 367 se acha no Capítulo IV, relativo ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o que o torna inexcetuável tanto mais quanto o art. 405 só se refere à paternidade. Temos, pois, de conciliá-los, O art. 405 é regra jurídica de prova, tão-só.

Por outro lado, a revogação do art. 358, que fazia irreconheciveis o —adulterino‖ e o —incestuoso‖, teve repercussão no art. 405 quanto ao —somente‖: anteriormente à Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, devia-se ler o art. 405 como se tal advérbio lá não estivesse.

§ 969. Investigação da paternidade: reconhecimento forçado

1. De jure condendo. A paternidade não tem caracteres exteriores ou Sinais concludentes. As legislações da França (Código Civil, *art.* 340-1, anteriormente à Lei nº 93-22, de 8 de janeiro de 1993), Itália (antigo art. 189), Holanda, Bélgica, Suiça, Bolivia, Chile e Uruguai interdisseram a investigação da paternidade. Admitiu-a, com restrições, o Código Civil português (art. 130), como o admitia o austríaco (§ 130). Com largueza, o Código Civil argentino, o espanhol, e o da Luisiana. Na França, a investigação da paternidade foi proscrita, porque dava aso a sérios abusos.

Não percebeu o legislador que caía no excesso oposto. A força de querer-se proteger gente honesta, acabou-se, dizia E Laureni, por incentivar os que não têm fé, nem lei. (Na Itália, hoje, art. 269.) s.

Se, ao ser exercida a ação de investigação da paternidade, ou da maternidade, a pessoa já havia sido reconhecida por outrem que o réu da ação, discute-se se é preciso, primeiro, desconstituirse o reconhecimento existente, se foi averbado (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 102, 4ª)). A opinião expendida por Filadelf o Azevedo, no Supremo Tribunal Federal, quanto a não se precisar desconstituir, é insustentável. Disse ele: —Pode parecer absurdo que o individuo tenha duas paternidades — é o argumento que impressiona, — possua dois registros civis, atribuindo-lhe parentescos diversos. Mas, haverá, apenas, duplicidade no registro, a ser posteriormente corrigidnº A verdade é que o primeiro reconhecimento pode ser até maliciosamente feito, como já tem acontecido: o individuo se declara pai, exatamente para evitar a investigação do suposto filho, ao se tornar maior.‘ Ora, é com os textos que se decide; e não com opiniões de doutrinadores em sistemas jurídicos diferentes. O art. 1 l31da Lei nº 6.015 é claro:

—As questões de filiação legitima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento.‘ Anulação é, aí, cancelamento, na linguagem atécnica do legislador. ~Já assim, o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 121, além do Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 121: —Não será admitida justificação que versar sobre questões de filiação legítima ou ilegítima, que só mediante processo contencioso para anulação ou reforma do assento poderão ser apreciadas.‖ Não se diz que B não é pai, ou não é mãe, tendo B

reconhecido o filho que outrem não reconhecera e podia ser reconhecido por B, sem que se desconstitua o reconhecimento e se retifique o assento. Se a ação de constituição e a de retificação podem ser cumuladas é outra questão. Se o juiz não é o do registro, a retificação passa a ser eficácia mandamental mediata da ação de desconstituição. De regra, a cumulação é possível.

2. *Investigação e pressupostos.* A investigação da paternidade e ser feita, portanto, com a mesma segurança e certeza com que se prova a maternidade. Todavia, se é difícil e cheia de perigos, a investigação da paternidade não é impossível; e foi atendendo a essa razão que o Código Civil a permitiu.

Está no art. 363: —Os filhos *ilegítimos de* pessoas que não *caibam no art. 183, nº-~I a VI,* têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: 1 - Se ao tempo da concepção

a mãe estava concubinada com o pretendido pai. II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da *mãe* pelo suposto pai, ou suas relações sexuaís com ela. III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.‖ (A letra grifa respeita a regra jurídica insubsistente diante da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª).

A parte —de pessoas que não caibam no art. 183, nº 1º VI,, precisava de explicação, que resultava de se considerar revogado o art. 358. Já no estado anterior do direito brasileiro, não havia, para o pai, nos casos do art. 363, a exceção de estar casada com outrem, ao tempo da concepção, a mãe, ou por ocasião do rapto (W. Mantey, *Die Rechte des unehelíchen Kindes und seiner Mutter,* 78), porque, se se não podia atribuir filho —adulterino‖ àmulher casada, essa não estava inibida de concordar com a ação proposta pelo filho. Aliás, na separação judicial, que intentara o marido, podia ter ficado assente, por sentença passada em julgado, que houve adultério da mulher, ou, nas ações do art. 338, ter sido decidido não ter sido concebido na constância da sociedade conjugal o filho.

3. *Concubínato.* Concubínato é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putatívo. Não há prazo fixo para se distinguirem o concubinato e a simples coabitação. Em todo o caso, usando da expressão —concubinato‖, o Código Civil quis referir-se a união que durou quatro meses pelo menos, como se fossem casados ou concubinados, isto é, posta de parte, por presunção, a suposição da *turbatio* sanguinis. As relações seguidas com a mulher de vida pública não compõem a figura legal do concubinoto para a interpretação do art. 363: no entanto, em outras ocasiões, o termo concubino é também empregado no Código Civil em relação à mulher com quem o individuo casado tem ou teve relações sexuais, e a quem nao pode fazer doações (art. 248, IV, combinado com o art. 1.177). As relações sexuais com a mulher de vida pública constituem concubinato para o caso do art. 363, se ela está em união temporária com a pessoa, cuja paternidade se apura, durante o tempo da concepção. Deve-se entender por —mulher concubinada ao tempo da concepção‖ a que, dentro dos cento e vinte dias a começar do 300~

anterior ao nascimento, esteve com determinado homem, vivendo como casados.

Na ação de filiação havida fora do casamento, é assaz importante a

regra jurídica do art. 363,1, porque de cedo modo se criou presunção quanto à paternidade, por ter existido, ao tempo da concepção, concubinato. Ao tempo da concepção existir concubinato é o mesmo que existindo concubinato, ter ocorrido, durante ele, a concepção.

Concubinato é união prolongada, de fato, àsemelhança do casamento; daí ter-se invocado por analogia, conforme as nossas edições anteriores, a regra jurídica de presunção da concepção, tomando-se por base o nascimento, conforme o art. 338 (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de fevereiro de 1949, *RT* 179/740: ‗O art. 338 do Código Civil, que estabelece os casos de presunção de concepção dos filhos legítimos na constância do casamento, também se aplica aos filhos ilegítimos durante o concubinato.‖). A presunção, aí, é hominis, e não luris, como seria na espécie s.

do art. 338.

A filiação oriunda do casamento anulável é filiação havida de sociedade conjugal, de modo que não se pode dar às relações sexuais resultantes, propriamente, a nota de concubinato para os efeitos da filiação, embora o seja quanto a quaisquer outros efeitos.

4. *Rapto.* Rapto é o ato de roubar uma mulher, seduzindo-a ou forçando-a. Não corresponde, em rigor, ao enlêvement dos Franceses, que significa tirar com violência, como se pode verificar no *Dictionnaire de l'Acadérnie.* Por outro lado, a lei penal brasileira, a que se devia recorrer em falta de expressa definição da lei civil, considerava rapto não só o tirar com violência, como por igual o atrair por sedução, ou emboscada. Assim, tanto na nossa língua, como em nosso direito vigente, rapto é a retirada do lar, com sedução, emboscada, ou violência, e não apenas, como no direito penal italiano, o fudo enérgico da mulher, isto é, a retirada violenta, ou com fraude, ou retenção, contra a vontade, portanto, da vitima. No Código Penal, o art. 219 define o crime: ‗raptar' com violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso; e o art. 217 define a —sedução‖. A expressão —rapto‖ empregada no Código Civil compreende o tirar do lar doméstico a mulher honesta, solteira, casada ou viúva: a) com violência; b) com sedução, ou emboscada.

Não procede o dizer-se que, no art. 183, X, o Código Civil considera raptor o que *tem em seu poder* a mulher tirada do lar doméstico, pois o sedutor tem igualmente em seu poder a seduzida, máxime constituindo a sedução verdadeira escala, desde a simples atração

biandis orcitionibus, em que a mulher segue o raptor por sua livre vontade, até a atração por sugestões, quer em estado hipnótico, quer em estado de vigília, em que a raptada não émenos escrava da sugestão do raptor.

5. *Relações sexua* is. Se bem que o Código Civil permita a ação de filiação havida fora do casamento no caso de simples coincidência da concepção com as relações sexuais (art. 363, II), deve-se atender à precisa noção do rapto, porque a coincidência dele com a concepção permite a ação do filho concebido fora da relação do casamento, ainda que não se possam provar as relações sexuais: trata-se apenas de coincidência entre a concepção e o rapto.

6. *Pressupostos.* Se houve rapto, ou relações sexuais, apenas não se exige que a vida em comum tenha durado os primeiros cento e vinte dias dos trezentos anteriores ao do nascimento. O Código Civil não diz, como no inc. 1, —se ao tempo da concepção‖, mas simplesmente ═se a concepção‖. Assim, nos casos do inc. II, são outras as circunstâncias a exigirem-se: 1 - Se a mulher foi raptada, a coincidência do rapto com a concepção, isto é, o ter-se dado o rapto nos dias em que, pelo nascimento e a vida uterina do filho, se reputa concebido, ou, no prazo legal dos cento e vinte dias, se é inverificável a idade uterina do reclamante. II - Se houve apenas relações sexuais, a coincidência da concepção (presunção médica, ou legal) com a época em que se deram. Os interessados na decisão podem alegar: relações sexuais com terceiro, ou terceiros; fatos que, em qualquer ação de filiação, elidem a paternidade (impossibilidade de coabitação); fatos que, embora não sejam admitidos à prova, em se tratando de filiação havida da relação do casamento — se devem atender, no silêncio da lei, em caso de imputação de paternidade constituída fora da sociedade conjugal *(impoten tia generandi* etc.).

7. *Ações.* Convém notar-se a diferença essencial entre a ação do inc. 1, a do inc. II e a do inc. III, quanto à prova a fazer-se. Na primeira, o filho havido fora do casamento vai a juízo, alegando que, ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai, e — se consegue provar tal circunstância — estabelece-se, a seu favor, presunção *hominis* da filiação, que só a prova da *impotentia generandi* ou *da exceptio-ipluriurn concubentium* pode destruir. Na segunda, o filho prova o rapto, ou as relações sexuais, e o réu ou interessado pode

opor que tal fato ou tais fatos não coincidem com a época legal da concepção (os primeiros cento e vinte dos trezentos dias anteriores ao casamento), ou, se só se trata de relações (e não de rapto), que ao tempo em que se julga concebido o reclamante, a mãe tinha relações sexuais com outrem. Na terceira, o filho apresenta documento, que vale, ao muito, como confissão. O réu ou interessado pode opor quaisquer outras provas que o invalidem, ou destruam.

São requisitos para a validade das confissões, como de todos os atos jurídicos: não ter sido feita por erro, dolo, coação, simulação; e ainda, por sua natureza: versar sobre fato anterior, e não posterior. Se o escrito traz data anterior ao tempo em que, no máximo de brevidade, poderia ter sido *concebido* o filho, isto é, data anterior aos 301 dias, a contar, retrocedendo, do dia do nascimento, a confissão é nula, porque o escrito do pai não conteria, em tal hipótese, *confissão,* mas prognóstico, ou presságio, o que em direito nada prova. Cumpre, porém, advertir-se em que, no caso do escrito do art. 363, 111, nem todo erro é alegável. Só seria erro, suscetível de infirmar o ato e ser objeto de exceção, o erro sobre a pessoa da mulher, se esse erro fosse quanto à *identidade fisica*. Referiu-se a A, tendo sido as relações com B, que lhe deu o nome de A. Prova dificílima. Adiante, nº 11 e 12.

s.

8. *Presunção de ser pai.* A presunção de que é pai aquele que vive, concubinariamente, com a mãe de alguém é simétrica, se bem que não tão intensa, à de ser pai quem as núpcias demonstram. Assim, aquele que tem *concubina publice in domo retenta* se há de presumir pai dos filhos dela, concebidos durante o concubinato. Alexandre Tadagno de Imola dizia: *Tamen non da praesumitur in alio manto nisi ilia Juisset concubina* secum *publice in domo retenta, qula etiam praesumetur natus ex eo, qui eam pro concubína tenuit.* Mas, não sendo público o concubinato, a prova dele não resiste à de outros concubmnatos da mulher, simultâneos. E a *exceptio plunium concubentium.* A presunção opera, nisi ipse *et contrario probet, quod alius habuissent rem cum ilia* (Antonius Tessaurmi, *Decisiones,* dec. nº III,

§§ 5 e 6). Todavia, em se tratando de alimentos, qualquer concubente responde (não, porém, *pro rata,* o que seria absurdo).

9.

Exceção de muitas relações sexuais. O pai que por algum meio, expresso ou tácito, considerou seu o filho da concubina não pode opor a exceção. Claro que o documento pode ser falso e então não há a exclusão da *exceptio* (Cf.

Richar Weidlich, *Die* Exceptio plurmum concubentium, mit *besonderer Beràcksichtigung der Beweisfrage,* 23).

Porém não é preciso que revista uma das formalidades do art. 1ª da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, porque então existiria reconhecimento voluntário. A exceção cabe ainda que o outro concubente tenha usado de violência ou dolo (OtIo Warneyer, *Kommentar,* II, 855 e 856). Então, a mulher só tem contra esse a ação de indenização (Wurzer, OtIo Warnever); os filhos não têm essa (Eichbaum, Uneheliche Vaterschaft und unerlaubte Handlung, *Deu tsche Richter-Zeitung,* 13, 960).

10. *Impossibilidade de cópula.* No caso do art. 363,11, não cabe a *exceptio plurium concubentium.* Aqui, só se havia impossibilidade de cópula pode livrar-se o réu. Tudo se passa, então, à semelhança do que ocorreria em caso do art.

340, 1.

11. *Restrição á* exceptio plurium concubentium. 9 que se atribui, por escrito, a paternidade, —reconhecendo-a expressamente‘ (art. 363, III), pode usar da exceção de ter a mulher coabitado com outrem? A resposta tem de ser negativa: reconhecendo a paternidade (comunicação de fato), nos termos em que a fez, o pai afirmou, eficazmente, ter tido .relações com a mãe do que disse ser seu filho e, portanto, afirmando a causação entre as relações sexuais, que teve, e a concepção, perdeu a possibilidade de sustentar que o filho de tal mulher se originou de outras relações sexuais dela. O erro, aqui, é inadmissível, porque tiraria o conteúdo mesmo do ato de reconhecimento. Aliás, o erro, ainda quando existisse, somente concerniria à existência de outras relações, e não à paternidade do confitente, que, se também teve relações e, assim, não se pode desdizer, *pode* ter sido, realmente, o pai, a despeito da pluralidade de concubentes ou de pessoas que tiveram relações com a mãe do reconhecido. O afastamento da alegação de erro é, como se vê,

necessidade lógica (W. Mantey, Die Rechte *des unehelichen Kindes,* 82).

12.

Escrito anterior ao nascimento. Quid iuris, se o escrito éanterior ao nascimento? A questão era para alguns, duvidosa, ao tempo do Alígemeines Landrecht prussiano, a que o direito brasileiro anterior ao Código Civil teve de recorrer, mas a boa opinião era a dos que não distinguiam o reconhecimento *antes* do nascimento e o reconhecimento *após* o nascimento. H. Rehbein *(Augemeines Landrecht fOr* die *Preuss. Staaten,* citado por Mantey) e E Zúrn *(Das Preussische Eherecht und das Recht der E/tem und Kinder,* 217) reputavam-no ineficaz se feito antes de nascer o reconhecido; mas M. E. Eccius (nota ao § 228, em F. Fõrster *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts)* reduzia a diferença à afirmação de persistir a exceção de cópula com outrem ao tempo da concepção. O

reconhecimento é beneficio para o filho; portanto —a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro‖

(Código Civil, art. 49, 2a parte): *Qul in utero est, perinde cc* si in *rebus huínanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur (li. 7,* D., *de statu horninurn,* 1, 5). Assim, o próprio Alígemeines Landrecht. H.

Dernburg *(Lehrbuch,* 3ª ed., 111, § 71, 318) julgava possível o reconhecimento antes do nascimento. No mesmo sentido, a jurisprudência prussiana *(Seu fferts Blàtter,* 49, 403, cp. *Motive,* 1, 211), P. Hinschius *(Das Preussische Gesetz Ober die Eeurkunduny des Personenstandes* und *die Form der Eheschliessung,* 91, nota 62) e W. Mantey *(Die Rechte des unehelichen Kindes,* 84 s., principalmente 86 e 87). Na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 26, parágrafo único, é explícito sobre a possibilidade do reconhecimento voluntário *antes* do nascimento, se *depois da concepção.*

Nada justificaria a distinção quanto às exceções, no caso de ação fundada no art. 363, III.

s.

§ 970. Ação de filiação havida fora do casamento

1.

Ações tendentes a provar; ações de turbação. As ações *tendentes a provar a filiação havida fora do casamento* são imprescritíveis, mas privativas dos filhos. Dela só usam os filhos que podem ser reconhecidos, e não passam aos herdeiros deles. As de *turbação* podem ser usadas pelos herdeiros. ~Existe ação declaratória da existência ou não-existência da paternidade fora do casamento? Existe; é a ação típica do *status* de filho, que pode ser intentada como ação do filho havido na constância do casamento, abstraindo-se dessa qualificação porque é ele tão natural quanto o havido fora do casamento. A paternidade, como a maternidade, é *relação jurídica.* É certo que se tem querido ver, aí, somente *fato,* e admoesta-Se não haver ação declarativa de fato. Porém toda relação da vida, que a ordem jurídica fez relevante e dota de efeitos juridicos, se torna relação jurídica. Negou-a E. Natter (Uneheliche Vaterschnºft, Archiu *for die ciui)istische Praxis.* 95, 129 s.) que a viu somente como —algo de fàtico‘; seguiu-o Eichbaum (Hessische Rechtsprechuflg, IV, 87). O assunto foi estudado por G. Kuttner (Die Klagen auf ~eststellung des Bestehens oder Nichtbestehefls der unehelichen Vaterschaft *Jherings Jahrbúcher,* 50, 412-5321, que destruiu a argumentação de Natter, R. Leonhard (Vortrâge de Eck, ii, 514 e 516) e E C. ~llersberger (Das *Rechtsverhaltnis des unehe)ichen KindschaJt nach* dem 13013. u. Code Civil, 34). Assim, ficou provada a proposição contrária de H.

Dernburg *(Eorqerliches Recht,* IV, p. xvi, correção à p. 221, nota 7, e 287), Eck (Vortrdge, II, 516). 1{. Hellvoig (Ansptuch und Klagrecht, 400, nota 4) e P. Spahn (Verwandschaft. 43).

A ação de investigação da paternidade é imprescritivel (Supremo Tribunal Federal, 18 de outubro de 1950, RF

138/114: —As ações de estado são imprescritiveis: não me parece possível que o estado da pessoa possa estar sujeito a prescrição. A ação de estado é meramente declaratória; não envolve condenação a sentença proferida nessa ação.

Assim, ~ ação declavatória do estado de filiação é imprescritive1ª como o próprio estado de filiação, que pode ser sempre reconhecido, a qualquer tempo. O que cumpre, entretanto, distinguir é a ação declaratória do estado de filia-

ção e a ação condenatória pertinente aos efeitos patrimoniais resultantes desse estado de filiação. A ação pertinente aos efeitos patrimoniais é que prescreve no prazo de 30 (hoje, 20) anos. A ação declaratória do estado da pessoa, essa jamais prescreve: a pessoa pode ter sempre esse estado reconhecido por sentença. No caso, entretanto, o que se verificou foi a prescrição da ação para obter o reconhecimento dos efeitos patrimoniais; o qxle prescreveu foi a ação de petição de herança, e não a ação declatatória de estado, a qual é imprescritivel. Como as ações. são, em geral, exercidas cumulativamente, é comum estender-se à ação declaratória efeito que apenas se verifica com respeito à ação patrimonial'; 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 1ª de junho de 1948, *AJ* 89/412, RT 185/1.003; sem razão, a 1ª Turma, que, a 8 de abril de 1946 e a 2 de janeiro de 1950, RE 108/488, e 144/108, a considerou prescrítível no prazo ordinário, a 2ª Turma, a 26 de novembro de 1946, 109/416, e a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 8 de maio de 1942, 92/433; confuso, o acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas 3erais, a 17

de agosto de 1950, 143/324; cf. 4ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1ª de março de 1945, *RT* 159/156, e 2ª Câmara, a 17 de agosto de 1948, 176/622).

2. *Impugnação.* Qualquer pessoa justamente interessada pode impugnar a ação, quer seja de investigação da paternidade, quer a da materçúdade. O Código Civil, art. 363, concedia ação aos filhos havido5 fora do casamento, de pessoas que não coubessem no art. 364 (revogado o art. 358) contra os pais ou seus herdeiros, para que fossem reconhecidos, e, hoje, diante da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, concede-lhos sem tal limitação. No art. 365

dispõe que pode opor-se à ação de investigação de paternidade oi1 maternidade qualquer pessoa que justo interesse tenha. No ad 76 manda que se atenda assim ao interesse economico como ao moral. Herdeiros, no art. 363, são os legítimos, ou os testameritários, pois também os herdeiros testamentários podem impuguar, com fundamento no art.

365, a ação do art. 363.

3.

Investigação *de maternidade e do paternidade.* Na ação de investigação de maternidade, quando a prova não conste do termo de nascimento, deve provar o legitimado ativo: *a)* o parto da mulher que pretende seja sua mãe; *b)* sua identidade com o filho então nascido dela. A primeira prova não implica a segunda: épossível qué a mulher, de que se trata, tenha dado à luz um filho na época referida, sem que o reclamante seja esse filho. A lei fixou dados e prêvas especiais para a verificação da maternidade. Ao juiz compete a apreciação das provas, que podem ser todas as admitidas em direito; mas é preciso o máximo cuidado com a prova testemunhal em assunto tão melindroso. O

Código Civil francês (antigo art. 341, alinea 3ª) exigia o começo de prova por escrito, quando se pretendesse usar de testemunhas. Tal prevenção não na aceitou o legislador brasileiro. A ação de investigação da paternidade só é admitida quando existe alguma das provas mencionadas no art. 363.

s.

4.

Eficácia da sentença. Quando a sentença, em ação de investigação decide em favor do filho demandante, produz os mesmos efeitos que o reconhecimento voluntário; pode, porém, ordenar que o filho se crie e se eduque fora da companhia daquele dos pais que negou essa qualidade (art. 366: —A sentença, que julgar procedente a ação de investigação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; podendo, porém, ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia daquele dos pais, que negou esta qualidade.‘).

A eficácia da sentença favorável na ação de investigação de paternidade, como se dá na ação da investigação da maternidade, é *erga omnes;* mas, devido ao art. 365, é ineficaz contra quem teria justo interesse para contestá-la e não teve ciência (= não se estende a essa pessoa a eficácia); salvo apadir da averbação (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973? art. 102, 4ª», mas isso mesmo só permite que o terceiro recorra: não passou em julgado contra ele a sentença. O terceiro que considerou não ser filho do pretendido pai a pessoa com quem tratou pode proceder contra o filho, se tem alguma ação, como se o reconhecimento forçado não tivesse existido, pois que o ignorava. Após o registro, não: os atos são com a pessoa cuja ascendência consta do registro, salvo se o terceiro *ainda* pode recorrer e recorre.

O juiz manda que se registre e, após o registro, a eficácia constitutiva *ex* tunc se produz. O escrivão não precisa de provocação para a expedição do mandado do juiz ao oficial do registro, ou, se ele exerce a mesma função, para que o cumpra. Responde pelo retardamento. Quanto à eficácia declarativa, essa, por ser a de coisa julgada material, se produz com o trânsito em julgado.

Em recurso em ação própria, a 23 de agosto de 1924, o Supremo Tribunal Federal (relator, Hermenegildo de Barros) apreciou a alegação de não ter ação de investigação de paternidade a autora, por ter nascido antes do Código Civil‖ e decidiu: —Esta questão é controvedida na doutrina, mas os escritores em maioria sustentam que a ação para investigação da paternidade é regulada, não pela lei anterior, sob cujo domínio nasceu o filho; mas pela lei nova em vigor ao tempo em que a ação foi proposta. E a solução mais razoável, por não haver no caso qualquer ofensa a direito adquirido, que só se verifica depois da abertura da sucessão‖ *(RT* 44/588 s.). Tratava-se de pessoa nascida a 17

de março de 1898, tendo falecido depois do Código Civil o pai, que em testamento declarara não ter outros filhos,

—para evitar explorações futuras‖. O acórdão revela que o relator se deixou levar pelo caso concreto; daí a alusão à abertura da sucessão, que nada tem com a discussão do problema da eficácia *ex tunc,* ou *ex nunc,* do ato do reconhecimento ou da sentença favorável na ação de investigação de paternidade, ou de maternidade.

§ 971. Efeitos do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento

1.

Eficácia do reconhecimento forçado e do voluntário. O reconhecimento voluntário e o forçado ou judicial têm os mesmos efeitos. Ambos provam *erga* omnes a filiação (art. 366). O filho reconhecido, enquanto menor, fica sob o poder do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o da mãe, —salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor‖, diz o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de

1941, art. 16, *pr., in fine,* com a redação da Lei nº

5.582, de 16 de junho de 1970. Se o genitor, que o reconheceu, está casado, o filho havido fora do casamento não pode residir no domicílio conjugal sem o consentimento do outro cônjuge. É o que se lê no art. 359: —O filho ilegitimo,reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.‖ Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho reconhecido, caberá ao pai, ou mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à situação social em que vivia, iguais aos que prestar ao filho havido da relação de casamento, se o tiver (Decreto-Lei nº 3.200, de 19

de abril de 1941, art. 15). Quanto ao pátrio poder, o Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943, permitiu que o juiz, no *interesse do menor,* decidisse de outro modo que aquele que o art. 360 aponta: —... salvo se o juiz decidir de outro modo, no interesse do menor‖. O art. 16, que dizia ficar o menor sob o poder do genitor que primeiro reconhecesse, foi alterado pelo Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943, art. 1ª, que estatuiu: —O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidiu de outro modo, no interesse do menor‖ E, em 1970, pela Lei nº 5.582, de 16 de junho, que estabeleceu no art. 16, *pr.:"* O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor‖ Na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 23 de junho de 1947 *(Ai* 84/45), admitiam-se atenuações ao art. 360, por interpretação; mas é de estranhar-se que o voto do Ministro Anibal Freire ignorasse o Decreto-Lei nº 3.200, art. 16, que o Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de11943, art. 1ª, alterara. Não há margem a decisão sem fundamentação. O chamado s.

arbítrio judicial é julgamento. O interesse do menor pode ser o de ficar com a mãe, ou com algum parente, ou com outrem, inclusive colégio. Porém nada disso tem a ver com o pátrio poder, que, para passar à mãe, tem de sair do pai, e, para haver tutela, tem de extinguir-se. Pátrio poder e guarda não se confundem; mas para qualquer alteração num e noutro é preciso que haja razão para a decisão desconstitutiva do juiz. Tirar a guarda é desconstituir. *A fortiori,* tirar o pátrio poder. A jurisprudência ganharia em atender à precisão dos conceitos, em vez de permitir ambiguidades (e.g., Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 11 de agosto de

1949, *RF* 132/175). Veja § 977, 3.

2.

Reconhecidos equiparavam-se a filhos havidos do casarnento, no que concerne á sucessáo. Antes da Constituição de 1988, art. 277, § 6ª, que consagrou absoluta simetria entre seus direitos e qualificações, para os efeitos da sucessão, os filhos reconhecidos equiparavam-se aos filhos havidos na constância da sociedade conjugal; mas, se o reconhecimento se desse na constância de casamento do genitor e dessa união houvesse filho então dito

—legítimo‖ ou legitimado, o filho —natural‖ reconhecido só teria direito à metade do que àquele coubesse (art. 1.605, §

1ª). Exemplo: pessoa, que já tinha filho havido fora do casamento, casou-se com outra mulher que a mãe de seu filho.

De consórcio nasceram filhos, —legítimos‖ portanto. Se o pai resolvesse reconhecer o havido fora do casamento, o que lhe era possível fazer na constância da sociedade conjugal, o reconhecido herdaria apenas a metade do que herdasse cada um dos filhos havidos na constância da sociedade conjugal. No entanto, se o reconhecimento tivesse antecedido ao matrimônio, o reconhecido e os filhos havidos na constância da sociedade conjugal herdariam partes iguais. Se o pai morresse sem deixar filhos —legítimos‖ ou legitimados, ainda que o reconhecimento se houvesse feito na constância da sociedade conjugal, o reconhecido sucederia como os filhos havidos da relação do casamento. Tal art. 1.605, § 1ª, foi revogado pela Constituição de 1937, art. 126, que mandou à lei assegurar a igualdade com os

—legítimos. O art. 2ª da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, fora contrário à Constituição de 1946, arts. 141. § U e 144 (Constituição de 1937, art. 126) e, quando ainda em vigor (Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 51, 2)), àConstituição de 1967, arts. 153, §§ F e 36.

3.

Parentesco natural O reconhecimento prova o parentesco natural em todas as suas Consequências: impedimentos matrimoniais; alimentos; pátrio poder; múnus público, em que os parentes preferem aos estranhos etc.

4. *Ascendente* Na sistemática *anterior* à Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, o ascendente ilegítimo só tinha direito à sucessão do descendente, quando esse, por estar reconhecido, tinha também direito à sucessão dele (art. 1.610); de modo que o genitor, que reconheceu, tinha direito à herança do filho reconhecido. Não o teria aquele dos pais que não reconhecera o filho, ainda que provasse a sua paternidade ou maternidade, salvo se a prova, por sua natureza, implicasse reconhecimento voluntário anterior à morte do filho: termo de nascimento, escritura pública, ou testamento. Com a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, —os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos‖, de modo que se apagou o discrime: os descendentes havidos fora do casamento têm, a exemplo dos descendentes concebidos na constância da sociedade conjugal, sempre —direito‖ à sucessão do ascendente‖.

5.

Declaratividade (no sentido do direito civil). O reconhecimento não é ato *atributivo,* mas simplesmente *declarativa,* no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portajito, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.

§ 972. Reconhecimento inexistenró, nuio e anulável

1.

Inexistente. O reconhecimento é inexistente: *a)* Quando nunca existiu a pessoa reconhecida. *b)* Quando não existe a pessoa a que se atribui o reconhecimento, ou se, ao tempo da concepção (os primeiros cento e vinte dias a contar do 3OOº anterior ao nascimento), estava morta.

2.

Nulo. E nulo o reconhecimento: *a)* Quando feito por menores de

dezesseis anos, loucos, surdos-mudos que não possam exprimir a sua vontade, ou ausentes, julgados tais por ato do juiz (arts. 145,135

s.

1, e 59, 1-1V). *b)* Quando não é feito por nenhuma das formas exigidas em lei: no registro do nascimento, escritura pública ou outro documento público ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, testamento — ainda que manifestado incidentalmente — ou por manifestação expressa *e* direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 26, *pr.,* e 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª, 1-1V), quando voluntário o reconhecimento (por sentença, quando forçado, a sorte dele depende da decretação de nulidade, ou da ação rescisória). Segundo o Código Civil, art. 184, a confissão espontânea só prova a filiação nele referida para o efeito de impedir o casamento de afins que menciona. A confissão não basta para o reconhecimento, que se considera, na espécie, nulo, isto é, sem validade e pois sem os demais efeitos do reconhecimento que acaso fosse feito. *c)* Quando feito por terceira pessoa, depois da mulher casada, ou do homem casado o considerar filho havido na constância do casamento, pois que importaria em infração do art. 338. Na hipótese, nulo é o reconhecimento posterior, e não o anterior, que é inteiramente válido, se feito por mulher casada, pois que a indagação da relação extraconjugal é interdita; e pode ser considerado nulo o reconhecimento posterior, quando feito por homem casado, se fica provado não ser de sua mulher o filho, porque a investigação da relação extraconjugal não foi, nesse caso, proibida. *d)* Quando feito sem consentimento do filho, se esse já é maior (art. 362).

A inexistência, ou a nulidade ou ineficácia do reconhecimento pode ser invocada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe cabe intervir. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conheça do ato ou dos seus efeitos e as encontre provadas (art. 146).

3. *Anulável, a)* É anulável o reconhecimento por vicio resultante de dolo, ou coação, ou simulação (art. 147, II). *b)* E

ineficaz quando o não aceite o reconhecido, ao atingir à maioridade, ou à suplementação. *c)* É impugnável quando contrário à verdade.

A anulabilidade, prevista em *a),* não mais se aplica a regra de que só pode ser invocada pelo autor ou autora do reconhecimento dentro de quatro anos, a contar do dia em que cessa a coação (arts.. 178, § 99, V, *a),* ou do dia em que se realiza o ato, se concerne a dolo, ou simulação, ou fraude; posto que o Código Civil, art. 178, § 99, V, não se referisse apenas aos contratos, como se vê das expressões da letra *b):* —... do dia em que se realizar o *ato* ou o *contrato*

, certo é a limitação temporal perdeu sua razão de ser com a edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em cujo art. 27 se estatui que —o reconhecimento do estado de filiação é direito personalissimo, indispensável e imprescritível‖.

À ineficácia prevista em *b),* por esses mesmos *consideranda,* não se aplica também a alegabilidade pelo reconhecido somente dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou â emancipação (art. 362: —O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro dos quatro anos, que se seguirem à maioridade, ou emancipação.‖). A Lei nº 3.017, de 1ª de janeiro de 1916, atendera à emenda que sugeríramos para explicitar a espécie, e acrescentou ao art. 178, § 9ª, o inc. VI: —A ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.‖ O prazo era preclusivo; com a Lei nº 8.069, art. 27, não há submissão a qualquer prazo, preclusivo ou prescricional.

A inverdade, prevista em *c),* pode ser alegada por qualquer pessoa que tenha justo interesse. O Código Civil, no art.

365 (—Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade.‖), dá a *qualquer* pessoa *justamente interessada* a resposta a ação de investigação de paternidade, ou maternidade; é de tirar-se, portanto, que igual resposta lhe assiste, quanto ao reconhecimento voluntário.

A 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 8 de outubro de 1946, admitiu, conosco, que a contrariedade a verdade pode ser alegada por qualquer pessoa que tenha justo interesse. Discordou de que incluíssemos a espécie como de anulabilidade. Não disse, porém,

de que se trataria. Investigações anteriores já nos haviam convencido de que se tratava de direito de impugnação *(Anfechtunqsrecht),* mas o Código Civil emprega o termo com muitos sentidos. No próprio art. 362, —impugnar‖ é manifestar vontade contrária; de modo que, aí, há ineficacização e, na espécie *a),* impugnação.

§ 973. Irrevogabilidade do reconhecimento

1.

Irrevogabilidade, impugnabilidade. O ato de reconhecimento é irrevogável, isto é, o seu autor não pode retirar s.

a expressão, que motivou o ato do reconhecimento de paternidade, ou maternidade, nem se desdizer, com o fim de pedir o seu cancelamento. O único meio é a alegação de nulidade, anulabilidade, ou ineficácia, como vimos no parágrafo anterior.

2.

Em testamento. Quanto ao reconhecimento feito em testamento, devem-se distinguir dois casos, conforme o testamento foi feito por ato público, ou por ato particular:

a) O reconhecimento, sendo, por sua natureza, irrevogável, conserva tal caráter, ainda que seja revogado o testamento público, porquanto a averbação por oficial público em seu livro o tornou ato perfeito, que subsiste *per* se.

b) O reconhecimento em testamento particular ou cerrado éato precário, porque não consta senão do testamento e esse édestruível. Só se torna irrevogável no dia em que o for o testamento, em que se contém, e esse só o será no dia da morte do testador. Salvo se destruido antes.

3.

Conseqüências do princípio. São Consequências necessárias dos principios acima: *a)* O reconhecimento em testamento público produz seus efeitos imediatamente (Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil,* 1, 482: ... *donner un effet immediat á Ia reconnaissance, ce n'est pas exécuter un testament (di viuant du testateur), par cette raison toute sim pie que Ia disposition que contient la reconnaissance n'est pas une disposition testamentaire)*. No direito francês (Código Civil francês, art. 895), como no direito brasileiro (Código Civil, art. 1.626), disposiçõ es testamentârias são apenas as que concernem ao patrimônio do testador e a providências *post mortern. li4* Se em testamento particular, enquanto não mandado cumprir, é escrito do art. 363, III. *c)* Se em testamento cerrado, a situação é semelhante à do testamento particular, enquanto não se cumpre; mas é o escrito do art. 363, III, ainda se não aprovado por defeito de forma testamentária.

Título III

Direito Protetivo

Capítulo 1

Pátrio Poder

§ 974. O pátrio poder entre os romanos e os povos modernos

1. *Povos antigos.* Afirmava Gaio (1, 55) que em nenhum outro povo, salvo os Gálatas, o pátrio poder era tão bem organizado como em Roma; mas é certo, segundo informam outros, que os seus caracteres principais se encontram entre os Hebreus, os Persas, os Gauleses e outros povos (Aristóteles, *Ethic.* Nicom., VIII; César, *De belio gailico,* VI, 19). Deve-se, porém, ter em vista a diversidade de fundamentos entre a *patria* potestas dos Romanos, que tinha por efeito, quase exclusivamente, o interesse do chefe da família, e o pátrio poder qual o instituem as legislações modernas. Os Romanos davam ao *pater famílias,* por exemplo, o direito de matar o filho. Sob a República, tal poder ainda se exerceu, embora com moderação e mediante acordo com os parentes próximos e pessoas nobres, como os Senadores. Só no século II os poderes do chefe de família se limitaram a simples direito de correção, graças à influência da filosofia estóica, de que Marciano cita bela máxima: — —Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere‖ (L. 5, D., *ad lege Pompela de parricidiis,* 48, 9). Sobre o assunto, H. Húrlimann *(Die persônliche .Seite der* Patria potestas *nach dem rômischen Rech te,* 3 s.).

2. *Direito moderno.* O pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida. A expressão —poder‘ tem sentido de exteriorização do querer, não de imposição e violência. Filosoficamente, não se justifica que a mãe não tenha iguais direitos e deveres. E de Diderot e de DAlembert, na *Encyclopédie* (XIII, 255): .,. *les méres ont un droft et un pouvoir égal car les obligations imposées aux enfants tirent semblablement leur origine de la mére comrne du pére.* Também assim pensavam Kant, Wolff e Grócio.

Alguns autores reclamaram contra a expressão —poder‖ e propuseram outra *(e.g.,* Georg Rothe, *Die elterliche* s.

Gewait der Mutter, 57 e 58). A *patria potestas* dos Romanos era dura criação de direito despótico, e não tinha correlação com os deveres do pai para com o filho. É cedo que existiam deveres, porém esses quase só eram provindos da moral. Juridicamente, a *patria potestas* constituía espécie de direito de propriedade. O *pater familias* podia renunciar a esse direito, dando a terceiros os filhos in *mancipio,* ou enjeitando-os. Se o *pater* indigno perdia a *patria potestas,* era somente porque a sua conduta devia ser interpretada como expressão tácita de sua vontade de alhear de si esse direito. Quer dizer: pura *derelictio rei.* Assinb A. Delpech e 6. Lamy *(La France sous Ia troisiême République,* 38), ao falarem das leis francesas de 1874 e 1889, sobre perda do pátrio poder, frisaram que —a criança tinha deixado de ser espécie de propriedade do pai‖. Já antes do Código Civil, o Tribunal de Justiça de São Paulo, definindo o pátrio poder como o conjunto de direitos e poderes que a lei concede aos pais, sobre a pessoa e bons dos filhos menores, para que possam cumprir os seus deveres, fazia conseqúentes aos deveres os direitos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de novembro de 1909, .*SPJ* 21/340), e concluía não haver poder dos pais onde não houvesse deveres. O próprio usufruto é *para os encargos.* Chegava o Tribunal de Justiça a ver no pai, como usufrutuário, mandatário dos filhos, o que é menos aceitável do que pareceu aos juizes signatários do acórdão. De outra feita, o mesmo Tribunal de Justiça foi à aplicação prática de tal concepção: entendeu que, embora seja o pai o usufrutuário, *ex vi legis,* dos bens dos filhos menores, a renda desses bens pode ser cobrada em nome dos filhos a cuja mantença e educação se destina (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de junho de 1934, *RT* 93/422). Disse a V Turma do Supremo Tribunal Federal, a 18 de agosto de 1949 *(RT* 194/478): —Constitui princípio de moral familiar, sem qualquer desrespeito aos direitos paternos, a manutenção de relações de amizade e de um cedo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, sendo odiosa e injusta qualquer oposição paterna, sem estar fundada em motivos sérios e graves; assim, constitui abuso de pátrio poder o impedimento, direto ou indireto, a que o ascendente mantenha estreitas relações de visita com a sua neta, procurando apagar nesta todo vestígio de sentimento pelos componentes da família de sua mãe falecida.‖

Atendendo à concepção vigente do pátrio poder, pelo qual mais se protege do que se exercem poderes, o lugar para se tratar do pátrio poder, sistematicamente, é no Direito protetivo, ao lado da adoção, da

tutela, da curatela e dos direitos a alimentos. E a matéria do capítulo inicial, mesmo porque a adoção, a tutela e a curatela de cedo modo lhe fazem as vezes e as regras jurídicas sobre alimentos supõem que o alimentado não possa invocar o direito concernente ao pátrio poder.

O

usufruto, a que se refere o art. 389, é inerente ao pátrio poder e com ele acaba, suspende-se quando se suspende o pátrio poder e pode ser atingido por algumas das medidas judiciais previstas no art. 394.

3. *Roma e os nossos dias.* São distinções essenciais entre o pátrio poder dos Romanos e o que adotam os povos modernos: *(a)* Em relação ao exercício do pátrio poder: *a)* competia, em Roma, não ao pai, mas ao chefe de família, de modo que, às vezes, o titular do direito era o avô; *b)* a *pat ria potestas* durava toda a vida, salvo os casos fortuitos ou atos solenes com o fim de extingui-la; por exemplo: a morte ou a *capitis diminutio* máxima ou média do *pater famílias;* o fato de ser o filho elevado a certas dignidades, como a nomeação de cônsul, bispo, questor do palácio etc.; a emancipação do filho pelo próprio pai. *(b)* Em relação aos elementos constitutivos do pátrio poder: *a)* o poder de vida e de morte, *vitae necis que potestas; b)* o direito de vender os filhos, *venundandi ius; c)* o patrimônio do filho absorvia-se no do *pater famílias.*

Os pais, em momentos de miséria, mancipavam os filhos a terceiros, mediante preço real. Algumas vezes, a credor, a título de garantia. A evolução do direito para destruir esse *jus venundandi* começou a efetuar-se e ultimou-se entre os próprios Romanos. A Lei das XII Tábuas decidiu que o filho mancipado três vezes já ficaria livre do poder paterno, e a jurisprudência admitiu, interpretando à letra o texto da lei, que uma só mancipação bastaria para produzir tal efeito.

Si pater filiurn ter venum duit, a matre filius liber esto, ceteri vera liberi ... una mancipatione exeunt de parenturn potestate (Gaio, 1, 132). A certo momento, a venda dos filhos foi declarada ilícita (L. 1, C., *de liberali causa,* 7, 16).

Em todo o caso, admitia-se a venda quando o pai estivesse em extrema necessidade e precisasse de alimentos.

Depois, Diocleciano proibiu qualquer alienação de filhos (L. 1, C., *de*

patribus qui *fUlos distraxerunt,* 4, 43).

Constantino permitiu-a somente ao pai indigente, quando se tratasse de filho recém-nascido, podendo reavê-lo o pai, indenizando o comprador (L. 2, C., 4, 43).

4. *Roma e Grécia.* Mesmo entre a civilização romana e a grega houve diferença quanto ao papel aesempenhado pelo *pater Iam ilias.* A família romana possuía traços realmente inconfundíveis: o chefe exercia, durante a vida, poder político sobre os seus, ao passo que na Grécia essa autoridade se limitava, tinha raias fixas em favor dos submetidos ao pátrio poder e se regulava pela lei. Em Roma, como, em excelente síntese, disse Georg J4inek, o pai de família gozava de autoridade própria, independente, que não era conferida por lei, nem arts.crita pelo Estado, e semelhava à autoridade pública, a pequena monarquia, com as seguintes características: nao possuir território e constituir simples s.

associação de pessoas (Georg Jellinek, *Alígemeine Staatslehre,* 306 e 307).

§ 975. O pátrio poder no direito anterior

1. *Antes de 1831.* No direito anterior a 1831, o pátrio poder durava, como entre os Romanos, toda a existência (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 81, § 3ª: —... filho famílias de qualquer idade que seja *).* Veio, então, a Resolução de 31 de outubro de 1831, combinada com a Lei de 22 de setembro de 1828 (Trigo de Loureiro, *Instituições de Direito Civil Brasileiro,* 1, 89; Clovis Bevilacqua, *Direito da Família,* 467). Fixou em vinte e um anos a época em que se devia verificar a maioridade e, conseqúentemente, a emancipação.

A respeito disso, Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 205) ainda julgava inadmissível a emancipação obrigatória dos vinte e um anos, salvo constituindo, depois dessa idade, economia separada com intenção de viver para si, sem que o pai se opusesse logo: satis *enim est, quod non contradicat, ut statirn emancipatus videatur,* como dizia MeIo Freire *(Institutiones,* II, 105, nota).

2.

Terminação do pátrio poder. Terminava o pátrio poder, ao tempo do velho direito português e brasileiro: *a)* pela morte do pai, ou do filho; *b)* pela entrada do pai, ou do filho, em religião aprovada (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* II, 295); *c)* pelo casamento do filho (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § 6; Livro IV, Título 50, § 2; Titulo 87, § 7); 14 pela carta de emancipação, passada por juiz de órfãos, em virtude de escritura de demissão do pátrio poder, voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho, quer fosse maior, quer menor; *e)* pelo exercício de cargos públicos, se já fosse maior de vinte e um anos; fl pela colação de graus acadêmicos; *g)* pela investidura de ordens sacras maiores; *14* por sentença passada em julgado, proferida em ação competente, nos casos em que pudesse o pai ser compelido e emancipar o filho. Eram os seguintes os casos: 1ª, quando o pai afligia o filho com maus tratos; 2ª, quando aceitava legado ou herança com a condição de emancipar o filho; 39, quando forçava a filha a prostituir-se; 49, quando enjeitava o filho infante e, em virtude dessa exposição ou abandono, o filho era criado por terceiro.

3. *Doutrina posterior.* Mercê da doutrina, principalmente de Teixeira de Freitas *e* Trigo de Loureiro, a instituição do pátrio poder perdeu entre nós a absoluta fereza romana, com que fora transplantada para Portugal e depois para o Brasil. Não citamos Lafaiete Rodrigues Pereira, cujo aferro à letra das leis, o que por vezes foi salutar, chegou ao ponto de não dar ao Decreto de 31 de outubro de 1831 qualquer valor jurídico, transvasando, porém, os seus sentimentos, em nota vibrante, em que atacava, rijamente, a incúria e o atraso do direito então vigente *(Direitos de Família,* 205, nota 1). Em 1890, concedeu-se à mulher viúva, enquanto não passasse a novas núpcias, o direito de exercer o pátrio poder (Decreto de 24 de janeiro de 1890, art. 94).

4. *República.* Desde a República que se tem concedido a extinção do pátrio poder: 1ª, pela morte do pai, ou da mãe‘

2ª, pela passagem da mãe a segundas núpcias; 39, quando o pai, ou a mãe, que tivesse filho de matrimônio anterior, se casasse antes de fazer inventário dos bens do casal; 49, quando o filho atingia a maioridade; 59, pela emancipação solene; 6ª, pelo casamento do filho; 79, pela colação de graus científicos, ou quaisquer outros, em cursos

superiores; 8ª, pela sentença que demitia o genitor da sua autoridade paterna. As alteraçCes acima notadas emanavam do Decreto de 24 de janeiro de 1890.

§ 976. Definição e natureza do pátrio ptder no direito atual

1.

Definição. Pátrio poder é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho. A palavra —emancipação‖ está, aqui, no seu sentido próprio, e não no de *venia aetatis.*

Não tem como pressuposto essencial o nascimento, a filiação, mas a lei ou o acordo legal que em tal sentido disponha (adoção); daí serem submetidos ao pátrio poder, não só os filhos concebidos na constância da sociedade conjugal, como os filhos antecedentes ao casamento e os filhos havidos fora da relação do casamento, referidos pelo Código Civil, art. 379, ainda com as designações discriminatórias da filiação (legítimos, legitimados e ilegítimos s.

reconhecidos, como, também, os adotivos) que a Constituição de 1988, art. 227, § 6t apagou. Três casos figurou K.

Lehmann *(Die elterlicl-ie Gewalt im Vermôgensrechite der heutigen Europa, Jherings Jahrbúcher,* 25, 143) de pátrio poder, casos que aliás se sucedem no sentido da evolução: *a)* o da *patria potestas,* propriedade do pai quanto aos bens adquiridos pelo filho; 14 o da aumentação e educação pelo pai, com o usufruto paterno de todos ou de alguns bens do filho; *c)* o da tutela paterna, com a completa separação entre bens do pai e bens do filho.

O Código Civil brasileiro pôs-se entre *b)* e *c);* de modo que toda interpretação que *tenda* ou *prefira* as formas próximas a *a)* ou a *b)* é retrógrada.

2. *Adoção.* O fato jurídico da adoção, considerada como uma das

fontes do pátio poder, é tanto mais compreensível quanto se atenda a que a verdadeira essência material dos fatos sociais está nas relações *sócio-psicológicas;* e a família, como se pode verificar no direito romano e em todas as legislações, mais se funda em interdependência ou mesmo dependência espiritual do que em simples circunstâncias estranhas à vontade, como o nascimento. Entre as sociedades animais, por exemplo, nem sempre se encontra, nítido, o fato sociológico da associação familial, embora o fato de geração natural seja o mesmo. A família é, pois, sociedade psicológica, a que a identidade de origem ancestral, se é o seu fundamento remoto, não representava, todavia, seu requisito essencial (sobre isso, T.

Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen,* 194 e 144; H. Lotze, *Mikrokosmus,* III, 2ª ed., 426).

3. *Pessoas sujeitas ao pátrio poder.* Tanto assim é que somente ficaram sujeitos ao pátrio poder os filhos — abstraia-se, na exposição histórica, da regra jurídica do art. 227, § 6t da atual Constltuíçao da República — —legítimos‖, os

—legitimados‖, os —legalmente reconhecidos‖ e os —adotivos‖ (Código Civil, art. 379). Donde se depreende que o fato natural de ser filho não basta: quanto aos legitimados, não é a natureza que os submete, mas a lei, a situação sócio-psicológica do marido em relação à mulher; quanto aos reconhecidos, é o ato voluntário do pai ou da mãe subordinado a posterior impugnação após a maioridade, ou a *venia aetatis,* em se tratando de menor; quanto aos adotivos, a *fictio iuris* prepondera e seria impossível dar à imitação, à cópia, à ficção, o fundamento e a significação que o original, a natureza, a realidade não possui.

4. Código *Civil, art. 383.* Diz o art. 383: —O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-átutor ao menor‖ A regra do art. 383, que parece excetuar o que afirmamos, não tem, contudo, valor de argumento contrário. O filho havido fora do casamento não reconhecido fica sob o poder materno, mas está visto que tal *patria potes tas* depende da vontade da mãe, que pode recusar-se a exercê-la, expor o filho etc. Se a exerce, está firmado o seu consentimento tácito. Nem se diga que a faculdade de expor ou~enjeitar o filho é ato de poder paterno ou materno; pois que o filho também pode ser exposto, ou enjeitado pelos pais a alguma

pessoa que o exponha ou enjeite a outrem. Outro argumento em favor da nossa tese de que o pátrio poder se baseia em dados sócio-psicológicos (legais ou convencionais) estava na situação do filho anteriormente dito —adulterino‖ ou —incestuoso‖ que, a despeitt de sua filiação certa, se equiparava ao filho de desconhecido, *matre nuílo*. Depois, a Constituição de 1937 apagou a linha discretiva.

5.

"Adulterinos" e "incestuosos". Recai o pátrio poder sobre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, sob o direito anterior designados como —legítimos‖, —legitimados‖~ —reconhecidos‖ e —adotivos‖.

Em Roma, como modernamente, a *patria potestas* pertencia ao pai civil, e não ao natural, e dai ser necessário, no direito atual, para investir o pai ou a mãe de tais direitos sobre a pessoa e os bens do filho: *a)* quanto aos concebidos na constância do casamento e legitimados, o fato do matrimônio, válido, putativo, ou mesmo anulável ou anulado; *b)* quanto aos havidos fora do casamento ainda não reconhecidos, aquela situação especial prevista pelo art. 383; *c)* quanto aos havidos por adoção, a existência desse vínculo. Escapam, portanto, ao pátrio poder os havidos fora do casamento, sem o reconhecimento pelo pai e sem a simples ciência da maternidade, porque *Mater sem per certa est* (máxima excetuável). Não se conhecendo a mãe do menor, seria prejudicial deixá-lo sem alguém que por ele velasse.

Dai mandar o Código Civil (art. 383) que se lhe dê tutor. Se, durante esse tempo, alguém o adota, ou, posteriormente, sob a tutela, com o assentimento do tutor, — fica o menor sob o pátrio poder do adotante, que não cessa, por ser ato perfeito, ainda que qualquer dos pais venha a reconhecer o filho. Os filhos nascidos *a)* na constância da sociedade conjugal de um dos pais com terceira pessoa e os filhos nascidos *b)* de pais parentes, que o casamento putativo tornou havidos de relação de casamento ou legitimados, e *a)* aqueles legitimados pelo casamento subseqúente dos pais ficam sob o pátrio poder, uma vez que desapareceu para eles a nota de *a)* —adulterinidade‖, ou de *b)* —incestuosidade‖. *b)* A despeito dessa origem, ficam os filhos sob o pátrio poder da mãe. O mesmo quanto *a)* àqueles filhos. Se o pai no direito passado, os podia reconhecer, *dependia* do art. 364, e não do art. 358, que foi revogado pela Constituição de 1937.

s.

6.

Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, art. 21; Código Civil, arts. 379 e 380. Lê-se na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 21: —O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma de que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.‖ O Código Civil, art. 379, estatui: —Os filhos *legí-*

tirnos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.‖

Acrescenta o art. 380: —Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo~ o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercêlo com exclusividade.‖ (A letra grifa respeita a regra jurídica desaparecida do sistema jurídico brasileiro, com a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª).

7. *irrenunciabilidade.* O pátrio poder é irrenunciável (1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 20 de agosto de 1917, *RD* 47/132; 2 de setembro de 1918, 62/126; 25 de agosto de 1929, 69/138; Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 28 de junho de 1933; Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 9 de novembro de 1932; Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª de junho de 1932, 14 de setembro de 1929 e 14 de dezembro de 1932, *RT* 73/346; 84/214; 86/562; Superior Tribunal de Justiça de Alagoas, 25 de outubro de 1929, *RD* 94/357). Considerou-o renunciável o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de junho de 1909 e a 13 de abril de 1910 *(SPCJ* 22/525); dele não se cogita (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 28 de novembro de 1876, 16 de março de 1877, OD 14/154) nos casos dos arts. 10-14 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, sobre separação judicial, nulidade ou anulabilidada do casamento; nem, tampouco, é suscetível de ser objeto do acordo a que se refere o art. 92 da Lei nº 6.515, a que no Código Civil correspondia o art. 325 (cp. Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de agosto e 31 de outubro de 1908, *SPJ* 18/232; 14 de setembro de 1929, *RT* 73/346; Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 22 de julho de 1933, *RF*

61/154; 1ª Câmara da Corte de Apelação‘do Distrito Federal, 2 de setembro de 1918, RD 62/126). Não pode ser delegado o exercício (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 28 de abril e 29 de outubro de 1914, *RD*

40/531); nem, *a fortiori,* transferido ele mesmo, ou o seu exercício.

§ 977 A quem compete o pátrio poder

1.

Pai, mãe. Na constância do casamento válido, exercem o pátrio poder, em igualdade de condições, o pai *e* a mãe (Lei nº 8.069, 149 de 13 de julho de 1990, art. 21, 1ª parte). A separação judicial não altera o pátrio poder; apenas os filhos menores ficam com o cônjuge que a ela não houver dado causa; se ambos são responsáveis pela separação judicial, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. Verificado que os filhos não devem permanecer nem em poder da mãe nem em poder do pai, o juiz deferirá sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. Se a separação judicial ocorrer com fundamento na ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo com impossibilidade de sua reconstituição, ou se o divórcio se fundar em separação fática por mais de dois anos consecutivos, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam quando da ruptura da vida em comum. Segundo a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 12, —na separação judicial fundada no § 2ª do art.

52, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condição de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.‖ E o que resulta do sistema do Código Civil, principalmente do art. 381, ao estatuir que a separação judicial —não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos‖ (Lei nº 6.515, arts.. 10-13). O juiz pode regular de maneira diferente, a bem dos filhos, a situação deles, em caso de separação judicial, isto é, entregá-los todos àmãe, ou ao pai, ou fazer outra qualquer distribuição (Lei nº 6.515, art. 13). Adiante, nº 6. Na separação consensual, os cônjuges acordam sobre a guarda dos filhos e quanto ao valor da contribuição para criá-los e educá-los, porém não podem eles

modificar o pátrio poder.

O

filho pode ficar sob a guarda de genitor que não tem o pátrio poder. É o que se dá sempre que o pai tem o pátrio poder e o filho fica em companhia da mãe; ou, o que é raro, se o pai perdeu o pátrio poder, por alguma causa que não seja incompatível com a conservação da guarda do filho. Na jurisprudência há decisões que revelam bem pouca cultura jurídica, no distinguirem pátrio poder e guarda. A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de novembro de 1938 (Desembargador Antão de Morais, relator), chegou ao absurdo de imaginar que, à dissolução da sociedade conjugal, o pátrio poder se divide (9: —Dissolvida a sociedade conjugal, o pátrio poder passa a ser exercido igualmente por ambos os cônjuges, intervindo o juiz, em caso de conflito, para decidir, tendo em vista as circunstâncias do caso e o interesse do menor. As partes discutiram longamente a intrincada questão do efeito do desquite sobre o exercício do pátrio poder. Piérard esclareceu muito bem a matéria: dissolvida a sociedade conjugal o s.

pátrio poder passa a ser exercido por ambos os cônjuges, igualmente. Havendo conflito, o juiz decidirá, tendo em vista as circunstâncias de cada caso e o interesse do menor Esta doutrina em nada contraria o nosso Código e, por isso, é integralmente aceita por Estevam de Almeida *(Manual,* Vi, 234). E certo que o art. 381 só se refere à guarda dos filhos, nada dizendo quanto aos outros elementos do pátio poder; mas, se o marido só exercia essa autoridade por ser o chefe da família, razão não há para que continue sozinho, salvo a posse dos filhos, quando não lhe caiba o exercício do pátrio poder. É natural que a dissolução da sociedade conjugal acarrete modificações nesse exercício, que logicamente passará a ser comum, uma vez que ambos os cônjuges têm o pátrio poder e a predominância legal de um sobre o outro desapareceu.‖ Primeiro, nada teve o nosso direito com o direito francês, que pouco concorreu para o nosso sistema jurídico; segundo, foi falsissima a afirmação de que o marido só era titular do pátrio poder por ser chefe da sociedade conjugal; terceiro, nunca, em tempo nenhum, o direito brasileiro e o luso-brasileiro admitiram que o pátrio poder tivesse dois titulares.

Se convém que o filho fique com o pai é questão de apreciação das circunstâncias. O interesse do menor prima. E de todo recomendável

não se porem regras *a priori.* Por exemplo, —a simples circunstância de viver o pai sozinho não obsta a lhe seja confiada a guarda do filho se pode contratar pessoa que zele pelo menor nas horas em que está ausente do lar‖ (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de dezembro de 1947, *RT* 173/268).

2. *Anulaçâo de casamento.* Uma vez que à anulação do casamento subsiste o status da filiação concebida na constância da sociedade conjugal, o pátrio poder é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, e, na falta ou impedimento de um dos progenitores, pelo outro, que o exercerá com exclusividade. A anulação em quase nada prejudica o pátrio poder, por isso que lhe são aplicáveis, *ex vi* da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 14, quanto à guarda dos filhos, as regras que, no casamento válido, se observam em relação à separação judicial.

3. *Putatividade do casamento.* Declarado putativo o casamento, o mesmo não se dá: *a)* se ambos os cônjuges são considerados de boa-fé, o pátrio poder pertence ao pai, ou, na falta ou impedimento dele, á mãe; *b)* se um só dos cônjuges é considerado de boa-fé, a esse cabe exercê-lo (art. 221, parágrafo único: —Se um só dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis *só a esse* e aos filhos aproveitarão.‖); porque, ai, a distribuição é efeito civil do casamento, e os efeitos civis do casamento só aproveitam ao cônjuge de boa-fé. Mas isso não obsta a que, como pai ou mãe natural, o reclame o culpado. Pode ser menor de dezoito anos o pai ou de dezesseis a mãe, e então não lhe será dado exercer o pátrio poder, que pressupõe *auctoritas* que tais menores não têm. Não podem ser titulares do pátrio poder tais menores, casados putativamente ou não, se têm filhos. Os filhos do menor ou da menor em tais casos ficam sob o pátrio poder do que é capaz. Se ambos os pais são incapazes, sob tutela, segundo as regras desse instituto, até que um deles perfaça a idade, mas, se foi a mãe que a completou primeiro, o pátrio poder passa ao pai quando, depois, a completar. Veja § 978, 3.

4. Adoção. Se o menor for adotado por varão, quando sob o pátrio poder do pai, cessa o pátrio poder desse e começa o daqueje. Se adotado por mulher, quando sob o pátrio poder da mãe, a mãe civil passa a ter o pátrio poder. Resta a hipótese de estar o menor sob o pátrio poder do pai e ser adotado por mulher. se dá a transferência,

porque seria emprestar-se à ficção efeitos que a realidade não tem; ou a ficção, aí, tem efeitos completos? Os efeitos são completos, porque não caberia ficção onde a realidade permanecesse; e o art. 372 não permite, associado ao art. 378, outra solução. No direito anterior, ao pai adotante não competia o pátrio poder e até, se não tinha pai o menor, ou não no reconhecera o pai, se lhe dava tutor idôneo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1903, *SPJ* 11/500; 26

de abril de 1905, VII/391).

5. *Legitimação.* A legitimação tem por forçada Consequência a perda do pátrio poder pela mãe, pois que se estabelece a regra relativa aos filhos concebidos na constância do casamento. Aliás, dá-se o mesmo, em se tratando de filho havido fora da relação do casamento, se o pai o reconhece ou se o filho ganha a ação de investigação.

6. *Casamento anulável.* No caso de passar em julgado sentença de anulação do casamento (não de casamento nulo, mas de casamento anulável), o filho é filho concebido na constância da sociedade conjugal, de modo que o pátrio poder continua com o pai, ou com a mãe, ou com ambo~, que o tinham. Dizia o art. 360 (em bis in *idem* com o art.

383): —O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o pátrio poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai.‖ O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, modificado pelo art. IS do Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943 e com a posterior redação conferida pela Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, estatuiu no art. 16: —O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.‖ Mas tal decisão é sentença s.

constitutiva negativa, que implica cognição das alegações para a perda do pátrio poder pela mãe, ou por ambos os pais, e nomeação de outra pessoa, que exercerá a *tutela,* não o pátrio *poder.* Não se deu aí ao juiz decretar, de oficio e sem a propositura de ação, que tenha o pátrio poder o pai, em vez da mãe que reconheceu o filho, nem retirar a ambos o pátrio poder e submeter a tutela o menor. Tais medidas podem ser conclusões de sentença constitutiva, depois de suscitada a

cognição judicial com observância das formas processuais. Veja § 971, 1.

§ 978. Quando a mulher exerce o pátrio poder

1. *Mãe.* A mãe compete o pátrio poder, de regra, quando o filho havido fora do casamento é reconhecido por ambos os pais, ou quando não é reconhecido pelo pai, ou quando se trate de filho irreconhecível, ou quando o pai tenha morrido; e, ainda que na ótica da sistemática jurídica pretérita, não fosse —adulterino‖ ou —incestuoso‖, se proviesse de casamento putativo em que ela fosse o único cônjuge de boa-fé, porque — então — preferia ao marido.

No direito anterior, o filho —adulterino‖ ou —incestuoso‖, de que *juridicamente* se ignorasse a mãe *(e.g.,* não se poderia propor a ação de investigação da maternidade, porque seria atribuir se prole —adulterina‖ ou —incestuosa‖ à mulher), ficava sob o pátrio poder do pai que o reconhecera. A —adulterinidade‖ ou a —incestuosidade‖ juridicamente não se revelara. Se a —adulterinidade‖ ou —incestuosidade‖ constasse de decisão judicial, como se fora decretada a nulidade do casamento ou julgada a separação judicial, ou o divórcio, ou proferida sentença criminal, revelara-se juridicamente e tinha o pátrio poder a mãe do filho —incestuoso‖, ou do filho —adulterino‖ *a pah-e.* Quanto ao filho

—adulterino‖ *a matre,* o pai, que o reconhecera, é que teria o pátrio poder. O —adulterino‖ *a matre* pode ter ceda a maternidade.

2.

Casos. Em caso de casamento válido, anulável, ou declarado putativo em relação a ambos os cônjuges, cabe à mãe o pátrio poder: *a) se* morre o marido; *b) se* ê julgado interdito; c) se o marido decai do pátrio poder; *d) se* o marido é julgado ausente.

No caso de achar-se ausente o marido, a mulher assume o pátrio poder, mas, voltando o pai à sede do la~ pode reverter-lhe a autoridade de que fora privado. Quando ocorre ausência ou interdição, sem que exista mulher para substitui-lo, é, então,

necessário nomear-se tutor ao menor. Diz o Código Civil, art. 484: —Se o ausente deixar filhos menores, e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se,á com esses filhos, como se fossem órfãos de pai e mãe.‖ E aplicação da velha regra, vulgar nos reinicolas, pela qual o marido, *qui forte* in longinquis *abest, vel* in *furor est, mortuo aequiparatur* (Miguel de Reinoso, *Qbservationes Practicae,* 177; Benedito Egídio, *Tractatus de* iure *et* privilegiis *honestatis,* 87).

3.

Putatividade do casamento. Se o casamento é declarado putativo apenas quanto ao pai e esse, por impossibilidade legal ou física, não exerce, ou perde o pátrio poder, dá-se tutor ao menor, se a mãe também não no pode exercer. Se o pode exercen a ela cabe o pátrio poder, porque esse instituto é inerente ao parentesco e não ao casamento. Retificamos, assim, o que fora dito por nós, em 1917. A eficácia da putatividade, em relação a um só dos cônjuges, apenas confere ao cônjuge de boa-fé a preferência no exercício, *em favor do matrimónio.* De modo que o outro, quando o inocente está impossibilitado de exercer o pátrio poder, pode reclamá-lo, se o parentesco, sórpor si, o permite- A putatividade, porque cria o status de filiação havida de relação de casamento, permite que o cônjuge que estaria, na vocação ao pátrio poder, depois do outro, passe à frente dessoutro, ainda se o cônjuge de boa-fé é o adúltero ou se houve incesto no casamento.

4.

Adoção. Em se tratando de filho havido por adoção, a mulher exerce o pátrio poder: *a)* se somente ela o tiver adotado; *b)* se ambos os cônjuges o tiverem adotado e o marido, pelos motivos referentes à hipótese de casamento válido, está legal ou fisicamente inibido de exercê-lo.

§ 979. Pátrio poder quanto à pessoa dos filhos

1.Código Civil, art. *384.* Lê-se no Código Civil, art. 384: —Compete aos pais, quanto á pessoa dos filhos menores: 1 -

Dirigir-lhes a criação e educação. II - Tê-los em sua companhia e guarda. III - Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para

casarem. IV - Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercitar o pátrio poder. V - Representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhe o consentimento, VI -

s.

Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. VII - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.‖

2.

Ação específica. A ação específica do pátrio poder é a actio *praeiudicialis de statu;* mais precisamente: a *actio de patria potestas,* que nos vem da *extraordinaria cognitio* do Pretor A *inspectio et custodia ventris,* exercivel contra a mãe da pessoa, não é peculiar ao pátrio poder. Contra estranho, além da *vindicatio,* tem e tinha o pai as ações criminais e o *interdictum de liberis ducendis,* que também não são peculiares ao pátrio poder Hoje, há o *babeas corpus,* se o filho está coagido por autoridade pública; mas, também quanto a esse remédio, não é preciso ser pai para pedi-lo. O direito de nomear tutor pertence ao pai; depois, à mãe, ao avô paterno e ao materno. De modo que não há correlação. Em todo o caso, quem perdeu o pátrio poder, ou o tinha suspenso ao falecer, não pode nomear tutor ao filho. Há ação declaratória da existência ou inexistência do pátrio poder (Código de Processo Civil, art. 4ª, 1).

3.

Vênia. A vênia para exercício de ação, elementos do pátrio poder, não pertence *qualidade* de pai ou de mãe.

Não vem no aparecer na lei processual. que alguns incluem nos a esse instituto, mas à Código Civil, e poderia 4. *Deveres e direitos* Compete ao pai, e igualmente à mãe (Constituição de 1988, art. 226, § 5ª Código Civil, art. 231, IV; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 22, 1º parte) quanto à pessoa dos filhos menores: 1 - *Dirigir-lhes a criação e a educação,* isto é: *a)* determinar o gênero de educação e de instrução que lhes convém dar; *b)* marcar o lugar em que devem recebê-la; c) escolher os mestres; *d)* educar o filho em sua própria casa, ou alhures. II - *Tê-los em* sua *companhia e guarda.* O pai, a

exemplo da mãe, não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou materna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices etc.; fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas; determinar o momento em que se deve recolher etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos, ou maternos, é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda de seu pai, ou de sua mãe. ~Têm os pais o direito de castigar moderadamente os filhos menores? O Código Civil, embora não no enumere entre os direitos dos pais, não deixa dúvidas a respeito, pois que considera causa de perda de pátrio poder o —castigar imoderadamente o filho‖ (art. 395, 1). Alguns Códigos Civis, o francês, por exemplo, admitiram o direito de deter o filho, mesmo por intermédio de autoridade (art. 376). A lei brasileira não permite medidas tão violentas, e a detenção em situações irrazoáveis, ou por mais de um dia, é manifestamente castigo imoderado, senão crime de cárcere privado. Nos casos de cisão do direito de companhia para o outro dos pais, a vigilância também se cinde. III - *Conceder-lhes, ou negar-lhes assentimento paro casarem.* IV -

Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro genitor lhe não sobrevive, ou o sobrevivo não pode exercitar o pátrio poder. V - *Representá-los* nos *atos da vida civil.* Tanto o pai, como a mãe, quanto o tutor só representam o filho ou o pupilo até a idade de dezesseis anos. O pai ou a mãe, que exerça o pátrio poder, tem o direito de representar o filho até a idade de dezesseis anos e não até à maioridade ou *venha aetatis;* isso obsta a que ele, por sua vontade, queira representar, em vez de apenas assistir o filho maior de dezesseis anos. E licito aos pais que exerçam o pátrio poder designar pessoa que tome conta dos seus filhos (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de julho de 1922, *RD* 67/575), ou colégio, se temporária a ausência. Trata-se de guarda. O direito de educar é intransferível; o *exercício,* não (G. Planck, Th. Engelmann, E Endemann, E. Landsberg e B. Mafthiass, nesse sentido; anteriormente, — w. E.

Knitschky, *Das Rechtsuerhâltniss zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB.,* 156; O. Opet, *Das Verwandtschaftsrecht des BGB.,* 192 e 217). A questão da validade dos contratos entre os cônjuges para educação dos filhos foi discutida por Fr. André, reitor de Marburgo, na monografia *Verträge zwischen Eltern Ober die Erziehung ihrer Kinder,* publicada em 1905, concluindo ele, à p. 27, que o direito de educação não é transferivel, posto que o seja o exercicio desse direito. Se entre pais o contrato, somente vale se não importa em transferência ou renúncia do direito mesmo, como de qualquer outro elemento do pátrio poder

(35). Escusado é dizer-se que a transferência do exercício pode ser revogada; se a curto prazo o contrato, a razão precisa ser apreciada. De qualquer modo, se somente com o fito de prejudicar o menor, ou o outro pai, não vale a revogação (35 e 36). Nada obsta a que o pai, ou mãe, que tem o pátrio poder, contrate com o outro (mãe, ou pai) a educação do filho. A renúncia do pátrio poder é nula; nula é a renúncia do próprio exercício dele, ou de algum de seus elementos. Não, porém, o contrato para que alguém eduque o filho. Em vez do colégio, pode ser o outro cônjuge. Se não no merece, o abuso é do titular do pátrio poder e expõe-se ele às medidas dos arts. 394 e 395. VI - *Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha,* isto é: havê-los de tutor, ou curador, quando for ilegal a tutela, ou curatela, e provar que está apto a exercer o pátrio poder; retirá-los da guarda ou poder de quem quer que seja etc. O pedir *habeas corpus* não pode ser considerado como simples direito inerente ao pátrio poder, porquanto qualquer estranho — e com mais forte razão *moral* os parentes — pode impetrálo a favor do menor A ação do art. 384, VI, é a forma última da ação de vindicação e do interdito de exibição e ducção do filho, que o direito português recebera do direito romano, como ação vindicatória, e acomodara aos tempos novos. Cabe contra quem o tirou, ou o terceiro, que o detém, ou para reaver o que foi por Outrem exposto (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* III, 429 s.). Dela havia tratado Fernando Aires de Mesa no Livro II, cap. 25, dos *Variarum Resolutionum et Interpretationum luris Libri tres.* Só se pode opor, s.

em defesa, a falta ou suspensão do pátrio poder, ou, à mãe, do direito de ter o filho em sua companhia, ou, em ação incidental, a defesa dos arts. 394 ou 395, ou, em ação autônoma, a conveniência do depósito (medida cautelar do Código de 1973, art. 888, V). A ação livrou-se de todo o caráter reivindicatório, já incompatível com o conceito pós-romano de pátrio poder; continua *ação executiva,* não-possessória, ainda quando se trate de opor a autora o direito de ter em sua companhia os filhos ao pai, titular do pátrio poder Se o menor está empregado, como a lei permita, ou como aprendiz, ou posto em colégio, de acordo com a mãe separada judicialmente, ou divorciada, ou segundo instruções judiciais, a eficácia do direito do pai é encoberta por essa exceção (Manuel Gonçalves da Silva, *Cornmentaria,* IV, 500: ... *filius farnilias in aetate legitima constitutus pro arte* discenda, se *valet obligare ad inserviendurn magistrum per aliquot* annos, *etiam sine* consensu *patris, quia de iure* communi *ex omni contractu obligari potest, exceptis tantum mutua;* cp. art. 155). VII. *Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de* sua *idade e* situação. Obediência sem vassalagem, sem temor; respeito sem inibição de falar

e de proceder, que atinja a personalidade; serviços, ou obsequiais, ou de ajuda, desde q,ue com isso se não violem as regras de direito público, nem se comprometa a formação, ou a saúde ou a moralidade do menor.

§ 980. Pátrio poder quanto aos bens dos filhos

1.

Titular do pátrio poder, administrador e *usufrutuário.* O pai ou a mãe que exerce o pátrio poder é administrador e usufrutuário dos bens do filho, salvo, quanto ao usufruto, o caso de ter passado o pai a segundas núpcias antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, ou recasar-se a mãe. Diz o art. 385: —O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225. E o art. 386: —Não podem, porém, alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização de juiz (art. 178, § *nº,* III).‘ Já se falou do art. 225. A função do juiz, no deferimento ou indeferimento da autorização para os atos do titular do pátrio poder, nas espécies do art.

386, há de consistir no exame das alegações e provas de haver —necessidade‖ de tais atos ou —evidente utilidade‖ para os menores. Julga, ao exercer função discricionária. Não se lhe reduza a função à de fiscal (e.g., V Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 21 de novembro de 1949, *RT* 187/910), porque se alargaria demasiado o conceito de fiscalização. Autorização pede-se. A regra é não se dar a autorização, porque a lei só a permitiu excepcionalmente (2e Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1947, *RT* 169/167), isto é, se existe necessidade ou evidente utilidade da prole. A sanção, em se vendendo sem autorização, é a de nulidade (1ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de agosto de 1940, *RT* 132/143). Se fosse a de anulabilidade, ou a de ineficácia, poderia sanar-se, ou tornar-se eficaz; porém, sendo, como é, a de nulidade, a autorização posterior permite novo ato — válido — de alienação, e não a sanação ou a ratificação. Por isso foi contra os princípios a T Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 6 de março de 1944 *(RT* 150/302).

São atos que excedem a simples administração os que implicam obrigações que não sejam da administração dos bens, ainda que se trate da defesa de direito. E ato de simples administração contratar a locação dos imó veis do menor (4ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de junho de 1949, *RT* 182/161): não no é contratar honorários de advogado para propor a ação de cobrança ou a de despejo (cf. 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1944, 149/636). A transação de que pode resultar alienação de imóveis precisa de autorização judicial (Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de novembro de 1942, 146/266).

2.

Atos que não se podem praticar. Não podem, pois, os pais: - *Alienar, hípotecar ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração,* exceto por necessidade (e.g., falta de outros meios para prover â subsistência do filho), ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (Projeto primitivo, art. 452: —... nos casos de necessidade e de evidente utilidade do filho‖; projeto revisto: —... salvo caso de necessidade ou evidente utilidade do filho‖). A necessidade do pai, nao: e necessário que ocorra necessidade do filho ou evidente utilidade para ele. Se ao pai faltam meios de subsistência e o filho os tem, assiste o direito de pedir alimentos, o que não se poderia decidir por simples autorização do juiz. II -

Usufruir: a) os bens deixados ou doados ao filho, com a exclusão do usufruto paterno; *b)* os bens deixados ao filho, para fim cedo e determinado. III - *Administrar e usufruir: a)* os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento antes do reconhecimento; *b)* os bens adquiridos pelo filho em serviço militar *(peculiú quase castrense)* etc.; *c)* os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais. Estatui o art. 389: —O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder, salvo a disposição do art. 225.‖ E o art. 390: —Excetuam-se: 1

s.

- Os bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufruto

paterno. 11 - Os bens deixados ao filho, para fim cedo e determinado.‖ E ainda o art. 391: —Excluem-se assim do usufruto como da administração dos pais: 1 - Os bens adquiridos pelo filho ilegítimo antes do reconhecimento. II - Os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pú6lica. III - Os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais. IV - Os bens que ao filho couberem na herança (art. 1.599), quando os pais forem excluídos da sucessão (art. 1.602).‖ Pretendeu-se que a cláusula de exclusão de administração e usufruto colide com os arts..

385 e 389, que dão ao titular do pátrio poder a administração e o usufruto dos bens aos filhos; mas repeliram-no as Câmaras Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de outubro de 1945 *(RT* 160/214: —... a quota legitimária pode ser sujeita a restrições tendentes a resguardar a administração e conservação dos bens. Não fez o Código a restrição que se pretende estabelecer entre a quota disponível e a legitimária‖; 2ª Câmara, 22 de agosto de 1944, 152/637: _Dispôs a testadora que todos os bens por ela deixados, assim os que formassem a sua legítima como os que integrassem a outra metade, ficariam inteiramente excluidos da administração e usufruto do pai. Entendeu o juiz que essa cláusula não tem eficácia relativamente à legitima, mas teria aplicação somente quanto á parte disponível. Não tem razão o magistrado. Deve-se respeitar integralmente a vontade da testadora. Inegável o direito desta de subtrair da administração e usufruto do cônjuge supérstite os bens por ela deixados ao filho do casal. Os arts.. 390 e 391 do Código Civil excluem daquela administração e usufruto os bens doados ou —deixados‖ ao filho sob a condição de não serem administrados pelo pai. O Código não se refere aos bens —legados‖, mas aos bens

_deixados‖, e é fora de dúvida que os bens constitutivos da quota legitimária são —deixados‖ pelo autor da herança‖).

A administração e o usufruto do pai não são coextensivos. Aliás, quem deixa bens ao menor com exclusão de usufruto pode não excluir a administração, e vice-versa. O usufruto das coisas consumíveis vai-lhes à substância; por isso mesmo é de aplicar-se o art. 726 do Código Civil: —As coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no dominio do usufrutuário, ficando, porém, este obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possivel, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição.‖ Não é transferivel, nem suscetível de se ceder o exercido do usufruto paterno, de modo que não incide nele o art. 717.

Tampouco, é suscetível de dar-se em garantia, ou ser empenhado ou penhorado. Os frutos colhidos, quando já fora de emprego para a mantença da família, como se o pai comprou cavalos de corrida ou destinou a seu gozo produtos do usufruto, são penhoráveis e empenháveis.

3.

Usufruto legal. O usufruto legal não depende de registro no Registro de Imóveis. Como usufrutuário, fica o pai obrigado a todos os encargos do usufruto ordinário, exceto a prestar caução *de Lene utendo* (L. 8, § 4 d, C., *de bonis, quae liberis in potestate constítutís ex matrinionío vel aliter adquiruntur,* 6, 61: *poterna reverentia eum excusante ... eta cautionibus)*. Sujeita-se, portanto: 1 - A inventariar, à sua custa, os bens, que receber, determinando o estado em que se acham (Código Civil, art. 729). Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 216) não incluia explicitamente a obrigação de inventariar os bens. Igualmente Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 470 s.). Mas a lei civil de agora, como antes o direito romano, que era vigente até 1917, exclui apenas a obrigação de *cou tio de Lene utendo,* de modo que o art. 729, combinado com o art. 731, II, deixa patente a obrigação de inventariar os bens recebidos. II - A indenizar os danos causados por dolo, ou culpa sua (Código Civil, art. 732: —O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercicio regular do usufruto.‖) III - A fazer as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu (art. 733, 1). IV - A pagar os foros, as pensões e os impostos reais devidos pela posse, ou rendimento da coisa usufruida (art. 733, II). V - A defendê-los em juízo e reivindicá-los de terceiro (L. 1, § 1, C., *de bonis matem* is, 6, 60 *et litem inferentibus resistere;* Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* II, 129). VI - A pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro, ainda que feito antes de ser o pai usufrutuário de tais bens (art. 735). VII - A dar contas de sua administração~ quando o filho se suplementa em idade, ou atinge à maioridade (art. 729, in *fine)*.

4. *Restituição.* Para segurança da restituição dos bens, tem o filho hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que exercer o pátrio poder (art. 827, II). O regime da hipoteca legal pertence ao direito das coisas e à legislação de registros (Código Civil, arts. 827- 830, 840; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 2), 1ª parte).

5. *Ação do filho.* Assiste-lhe, ainda, o exercício de ação: *a)* Para desobrigar e reivindicar os imóveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo pai, *com autorização judicial,* fora dos casos expressamente legais — tal (ação prescreve em um ano, contado o prazo do dia em que o filho chegou à capacidade, arts.. 386, 388, 1, e 178, §

6ª, III) — e para desobrigar e reivindicar os bens imóveis de sua propriedade, alienados ou gravados sem autorização judicial (nulidade!). *b)* Para alegar a nulidade ou anulação das obrigações contraídas ilegalmente em seu nome (arts.

386 *e* 388, 1); isto é, em todos os casos em que não as contrai o pai, ou a mãe, por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz. Essa ação, ou exceção, pode ser exercida a todo o tempo em que o credor pretenda cobrar a divida; ou mesmo diretamente, quando apraza ao filho pedir a nulidade da obrigação. (Por emenda de Rui Barbosa, no antigo Senado Federal, o art. 386 remete ao art. 178, § 6ª, III, mas esse artigo se refere s.

apenas à ação para desobrigar ou reivindicar imóveis, de modo que se não pode estender tal disposição à ação de nulidade de obrigações. Demais, seria iníquo marcar-se para um ano após a maioridade a prescrição de tal ação de nulidade, pois que pode a existência da obrigação contraída pelo pai só chegar ao conhecimento do filho três ou dez anos depois.) O art. 178, § 6ª, III, também não incide se o bem foi vendido como próprio. Tratar-sela de venda ineficaz.

Nos poderes de administração pelo titular do pátrio poder não se inclui o de alienar bens móveis, se tal negócio jurídico não entra, pelas circunstâncias, na classe dos atos de administração. Quando não entra, é preciso distinguirem os bens móveis que pertencem a menor de dezesseis anos, em cuja alienação o titular do pátrio poder *representa* o menor, e os bens móveis que pertencem a menor que completou dezesseis anos, em cuja alienação o figurante há de ser o menor, com a assistência — de ordinário exigida — do titular do pátrio poder. A alienação pelo titular do pátrio poder sem assistência do menor, que perfaz os dezesseis anos, é alienação de coisa alheia; portanto, ineficaz (art.

622). Escusado é advedir-se em que o preço ou valor é de se considerar incluso no patrimônio do menor, segundo os princípios que regem o usufruto (arts.. 714, 726 e 719).

6. *Legitimação atiua.* As ações anteriores também podem ser exercidas: 1 - pelos herdeiros do filho, contando-se, para a prescrição, o prazo de um ano após o falecimento, se o filho morreu menor (art. 178, § 6ª, IV), ou do dia em que atingiu a maioridade, pois que a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra seu herdeiro (art.

165); II - pelos representantes legais do filho, se durante a menoridade cessa o pátrio poder (art. 388,111), contando-se o prazo de um ano, para o efeito de prescrição, do dia em que o pai ou a mãe decai do pátrio poder, isto é. em caso de adoção, tutela ou curatela do filho.

7.

Fiscalização da administração. Conforme se viu, a própria administração não escapa a certa fiscalização do Juiz (Superior Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 3 de junho de 1933); e os arts.. 394 e 395 dão margem a grandes intervenções.

§ 981. Incapacidade do filho-famílias

1.

Direito romano, direito anterior. A incapacidade do filho-famílias maior de dezesseis anos não é absoluta.

Cessa totalmente para todos os atos que concerHem: 1º aos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; 2ª, aos adquiridos pelo filho em serviço militar, no magistério, ou em qualquer outra função pública; 3º aos doados ou deixados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais (art. 391). Em relação a tais bens, o filho.,rfamilias pode praticar quaisquer atos, livre e independentemente (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 211; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 219: —bens castrenses, quase-castrenses e adventícios extraordinários, em relação aos quais assume o *filho-família* o caráter de agente de direitos, livre e independente‖; Trigo de Loureiro, *Instituições de Direito Civil Brasileiro,* 57: —No pecúlio castrense ou quase-castrense ... a propriedade, administração, e usufruto pertence ao filho; porquanto a respeito desses é reputado emancipado, e fora do poder do pai‖;

Ordenações Filipinas, Livro III, Título 9, § 3, e Livro IV, Titulo 97, § 18). Já assim era no direito romano, quanto ao *peculium castrense,* que o filho-famílias podia alienar, a título oneroso ou gratuito, quando lhe aprouvesse. E quanto ao *peculium quasi castrensi,* sobre o qual o filho tinha os mesmos direitos de propriedade que sobre os bens do *peculium castrense,* exceto o direito de testar, que lhe foi concedido, finalmente, por Justiniano. De modo que, em relação ao *peculium castrense,* o filho era tratado como um verdadeiro *pater fam ilias,* como dizia Ulpiano: *cum filií familias in castrens peculio vice patrum familiarum fungantur* (L. 2, D., *de senatus consulto Macedoniano,* 14, 6).

2.

Usufruto e administração do pai; atos que o menor pode praticar. O Código Civil, retirando do usufruto e da administração do pai certos bens (art. 391) e considerando o menor incapaz apenas relativamente a certos atos (art. 6ª, 1), quando de dezesseis anos ou maior de dezesseis anos, atribuiu-lhe, necessariamente, o direito de praticar quaisquer atos concernentes aos bens excluídos da administração *e* usufruto paternos. Todavia, se quem instituiu o menor herdeiro, ou legatário seu, lhe nomeou curador especial, esse exercerá as funções quanto aos bens deixados (art. 411, parágrafo único: —Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o menor se ache sob o pátrio poder, ou sob tutela.‖).

s.

3. *Nulidades.* Até a idade de dezesseis anos o menor não pode, juridicamente, praticar ato algum, ainda em relação a tais bens, pois que a lei o considera absolutamente incapaz e a respeito não corre prescrição. Durante a incapacidade absoluta do menor, se o testador não nomeou curador especial para os bens deixados, ou doados, sob a condição de não serem administrados pelos pais, deve o juiz instituí-lo, atendendo à disposição testamentária. Esse ato do juiz é, não só de integração da vontade do autor da deixa, como também de proteção ao menor.

4. *Demandas.* O filho menor não pode demandar em juízo sem a

função do pai, exceto: *a)* Quando, no exercício do pátrio poder, colidem os interesses do pai com os do filho; nesse caso, a requerimento daquele, ou desse, ou do Ministério Público, o juiz lhe dá curador especial (Código Civil, art. 387; Código de Processo Civil, art. 99, 1, 2ª

parte; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 142, parágrafo único). *b)* Em relação aos bens deixados, ou doados, com exclusão de administração paterna, pois é representado até dezesseis anos por curador especial para os ditos bens, ou, depois dessa idade, por curador especial, que deve ser nomeado pelo juiz por onde corre a causa (Morais Carvalho, *Praxe Forense,* ed. de 1910, 38). A Ordenação Filipina do Livro III, Título 41, § 9, mandava somente, quando a causa não corresse à revelia do menor, que se desse juramento ao procurador do menor, mas, por costume do foro, havia sempre a nomeação do curador à lide (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* art. 28, nota 33, 21).

5. *Vênia.* ~Ê preciso vênia para que o filho possa demandar o pai? Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas,* 1, 29) achava que sim, citando a Ordenação Filipina do Livro III, Título 9, § 1; mas tal opinião não tem base no Código Civil, embora a lei processual possa exigir a vênia, uma vez que se trata dejnatéria de sua alçada. O Código de Processo Civil não no exigiu.

6. Curador in litem. A figura do curador in *litem* não é, propriamente, de direito civil, e sim processual. Perante o direito civil, o filho maior de dezesseis anos é verdadeiro(~gente de direito em relação aos bens excluidos do usufruto e da administração do pai; perante o direito judiciário, uma vez que é nulo o processo se nele figura, como parte ou interessado, menor não-emancipado. torna-se necessária a nomeação do curador irz *litem* (Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil,* 37; Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 261). Os arts.. 8ª e 99, 1, do Código de Processo Civil, que regulam essa capacidade processual, exigem a assistência do titular do pátrio poder, ainda nesses casos; de modo que figuram pai ou mãe, titular do pátrio poder, e curador à lide. Sobre essa figura processual, os nossos *Comentários do Código de Processo Civil,* 1. Tratando-se de colisão de interesses entre titular do pátrio poder e filho, o curador especial substitui àquele, que não figura no processo, salvo se como parte adversa.

O curador que assiste, a despeito da presença do titular do pátrio poder, não é o curador a que o Código de 1973 se reporta no art. 99, parágrafo único (—... onde houver representante judicial de incapazes), mas o custos *legis* a que se refere no art. 82, 1 (—compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes).

§ 982. Invalidades dos atos praticados por menores

1.

Nulidade. Os atos e as obrigações contraídas pelo menor de dezesseis anos são nulos. Não podem ser ratificados. Não há prazo prescricional para a propositura da ação de nulidade. Quanto ao art. 178, § 6ª, III e IV, é preciso atender-se ao que dissemos no Tomo VI, § 707, 3. Se não houve autorização judicial, que era mister, o ato jurídico é nulo, e não há prazo prescricional. Se houve alienação de bem imóvel do filho, com autorização judicial, sem haver necessidade, ou evidente utilidade do filho, ou constituição de direito real, com autorização judicial, sem que houvesse necessidade, ou evidente utilidade do filho, então, sim, o art. 178, § 6ª, III, ou IV, incide. Se o menor era maior de dezesseis anos, a ação também é de invalidade, por infração do art. 386 e regida pelo art. 178, § 6ª, III, ou IV, — o que não se confunde com a anulabilidade por falta de assistência, nem com a nulidade por falta de autorização judicial.

2.

Anulabilidade. As obrigações contraídas por menores, entre dezesseis e vinte anos, são anuláveis, quando resultem de atos por eles praticados: 1 - sem autorização de seus legítimos representantes; II - sem assistência do seu curador, que neles houvesse de intervir (art. 154).

3. *Código Civil, art. 155.* Todavia o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir a uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior (art. 155). Veja Tomo IV, §§ 415, 124, 13, e 426, 1.

s.

4.

Art. 157. Ninguém pode reclamar o que, por obrigação anulada, pagou a um menor, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 157). Veja Tomo IV, §§ 410. 2, e 424, 13.

5.

Menor mandatário. O maior de dezesseis anos e menor de vinte e um anos, que não teve *venia aetatis,* pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas (art. 1.298). O legislador do Código Civil quis referir-se aos menores relativamente incapazes, e por deslize no exprimir a sua intenção, *mens legis,* chamou púbere não-emancipado o menor de vinte e um anos, se com dezesseis anos ou mais, a que o titular do pátrio poder ainda *não* concedeu emancipação com efeitos de suplemento de idade ou *venia aetatis,* ou[º] quem não concedeu o juiz o suplemento de idade ou *venia aetatis,* ouvido o tutor, se o menor está sujeito à tutoria (art. 99 e § 1[ª], 1).

6.

Fiança. Embora as obrigações contraídas por menores de dezesseis anos sejam nulas, e anuláveis as controladas por menores de vinte e um anos e maiores de dezesseis, são suscetíveis de fiança.

O Código Civil, no art. 1.488, dispõe: —As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.‖ A expressão —pessoal‖, posposta à palavra —incapacidade‖, cria dúvidas aos intérpretes; mas certo é que o legislador não pressupôs a divisão da incapacidade, uma de cujas espécies seria a *pessoal.* Trata-se de superfluidade manifesta de termo, de dicção pleonástica, pois que toda incapacidade é *pessoal.* Existem, certamente, espécies de incapacidade, mas não conhecemos, na doutrina, nas leis, ou na história do direito, distinção em incapacidade pessoal e não-pessoal. A incapacidade é absoluta ou relativa, natural ou civil, de fato ou de direito etc. Em suma: as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resulta apenas de

incapacidade da *pessoa* do devedor *(ex persona sua)*. Só assim se pode compreender, sem fugir ao direito justo e sem destoar da lei, o art. 1.488. Talvez o legislador tivesse colimado evitar a confusão entre *capacidade* e *poder,* chamando capacidade pessoal à capacidade de praticar por si só atos jurídicos, e *poder* a habilitação a desempenhar, em vidude de investidura (a procuração, por exemplo), incumbências, ou praticar quaisquer atos. No primeiro caso, a capacidade seria pessoal: o sujeito é capaz; no segundo, é impessoal: o agente *tem* poder. Assim, o louco não *pode* casar-se, porque é pessoalmente incapaz; e o cônjuge não *pode* vender imóveis; o mandatário em procuração gera!

não *tem* o poder de transigir Tal capacidade (impropriamente dita) não é pessoal: advém da carência de um fato, que é a procuração com fim especial. Obrigação acessória, a fiança devia ter a mesma sorte que a obrigação principal, porém a lei não dispôs assim. No direito romano, em que a garantia fidejussória só era válida se a obrigação principal o fosse, admitia-se a validade da fiança quando a obrigação principal fosse eficaz apenas *ture natura li.* O Código Civil generalizou a regra em relação às obrigações nulas por incapacidade do devedor e limitou os casos em que as obrigações *iure naturali* são suscetíveis de fiança, adotando doutrina diversa do direito romano, que admitia, ao contrário do direito brasileiro, a garantia fidejussória de qualquer obrigação natural. Assim, embora exista *vinculum aequitatis,* e não vínculo de direito, entre o devedor e o credor, nas obrigações nulas por defeito de solenidade, ou por outro fundamento, o que lhes dá caráter de naturais, tais obrigações não são suscetíveis de fiança. Assim, no direito brasileiro, nem toda *obliga tio naturalis* pode ser validamente afiançada; a lei restringe a concessao, se houve nulidade do ato jurídico, àquelas cuja nulidade concerne àincapacidade *pessoal* do devedor, e estende a regra, por outro lado, a certas obrigações nulas que, ao parecer de certos romanistas, não produziam, no direito romano, *obligatio natura lis:* as contraídas por loucos, pródigos etc. Tal interpretação romana, se bem que muito aceita, não nos parece, todavia, a melhor, máxime quando se chega ao extremo de se crer inafiançável a obrigação do pupilo, contraída sem autorização do tutor *(non natura debet: nequidem iure naturali obligatur).* Basta lembrar, em sentido contrário, a Pompônio, na L. 42, D., *de iureiurando,* 12, 2, a Paulo, na L. 21, D., *ad legem Falcidiam,* 35, 2, a Ulpiano, na L.1, § 1, D., *de novationibus et delegationibus, 46,* 2.

§ 983. Caso especial de pátrio poder

1.

Viuvez. O viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casa antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perde o direito ao usufruto (arts.. 225 e 389) e à própria administração dos bens dos mesmos filhos (art. 385). Não cessam, porém, os outros direitos constitutivos do pátrio poder, que o infrator, se é o pai, ou a mãe, exerce, com exclusão de poderes relativos aos bens dos filhos. Trata-se, portanto, de pátrio poder precário, que se subordina às regras gerais quanto à suspensão, perda e extinção do pátrio poder integral.

s.

2.

O que fica ao titular. Omitido o direito de administrar e usufruir os bens dos filhos, ficam ao pai, ou à mãe, os direitos concernentes à pessoa dos filhos, como sejam: *a)* dirigir-lhes a criação e a educação; *b)* tê-los em sua companhia e guarda; *c)* conceder-lhes ou negar-lhes assentimento, pai-ai casarem; *d)* nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, pois que o outro genitor, na hipótese, lhe não sobreviveu; *e)* representá-los ou assisti-los nos atos da vida civil; fl reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e situação (art. 384).

3.

Excluído da sucessão. Modo algum parente do pai, ou da mãe, e sendo esse excluído, ou sendo essa excluída, da sucessão ou deserdado, ou deserdada, pode seu filho representá-lo, ou representá-la, sucessoríamente, pois que os efeitos da exclusão são pessoais, e os descendentes do herdeiro excluído sucedem como se ele fosse modo (art.

1.599).

Para evitar que o pai excluído da sucessão, ou deserdado, tire vantagens dos bens que pertenceram ao ofendido, por cuja injúria foi considerado indigno de suceder-lhe, a lei determinou que o excluído da sucessão, seja ele homem ou mulher, não terá direito ao usufruto e à administração dos bens, que a seu filho caibam na herança (art. 1.602). Nem terá mesmo direito à sucessão eventual dos bens, que em tal hipótese couberem, na herança, ao filho. A espécie acima refere-se à herança ordinária por morte. Na própria sucessão provisória por ausência dá-se o mesmo. Aberta a sucessão provisória, e excluído o pai, ou a mãe, por alguma das razões legais para exclusão ou deserdação, pode o filho suceder, como se o pai, ou a mãe, fosse falecido, e tais bens que lhe caibam não são usufruidos nem administrados pelo pai excluído, ou pela mãe excluída da sucessão.

A exclusão, em caso de ausência, por não ter o herdeiro ou legatário com que preste a caução em garantia do seu quinhão, ou do legado, não autoriza a sucessão por parte do filho. Não éexclusão de direito das sucessões, mas simplesmente judiciária, para evitar desperdício dos bens do ausente. Tanto assim que, no momento da sucessão definitiva, pode o excluído por esse só motivo haver o seu quinhão ou legado.

4.

Tutela provisória. A jurisprudência procurou criar *tutela provisó ria,* se o titular do pátrio poder não se achava em situação de assistir ao menor. Foi exemplo de tal atitude o julgado da Corte de Apelação do Distrito Federal (19

de setembro de 1935, *Ai* 36/ 428), que, sem a figura do art. 394 ou a do art. 395, restringiu, ou, melhor, *velou* o pátrio poder. Se a nomeação do curador especial se justificaria se houvesse colisão, ou a do curador à lide, nos casos previstos pelas leis processuais, de modo nenhum possuímos tutela provisória, se existe o pai, ou a mãe, titular do pátrio poder, e sem a aplicação do art. 394 ou 395, ou do Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, ou do Decreto-Lei n0 5.213, de 21 de janeiro de 1943. Não queria dizer isso que se não admitisse a nomeação do tutor provisório *ad hoc* como medida preliminar ou incidente de um dos processos referidos, como, sob a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 24 e 33-35, se cogita da guarda do menor não-submetido ao poder dos pais. Assim, aliás, já era antes do Código Civil (Supremo Tribunal Federal, 19 de abril de 1916, *Ri* 12/489).

Fora dai, era ilegal (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de julho de 1917, RD 46/ 192), inclusive o recolhimento em asilo, se não decorresse de medida penal ou de assistência geral aos menores.

5.

Alterações do pátrio poder. Tais alterações ao pátrio poder, que acabamos de mencionar e que derivam da lei, compõem caso especial de poder paterno: espécie de *patria potestas,* limitada àpessoa dos filhos, na hipótese do viúvo com filhos do cônjuge falecido, que se casa sem fazer inventário, ou diminuída apenas do usufruto e da administração de determinados bens, nas duas outras espécies.

O

Código Civil, art. 393, estatui que —a mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poden exercendo-os sem qualquer interferência do marido.‖ E, no art. 329, que —a mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente‖.

Regrava esse art. 393, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1º, XII, que a mãe perdia o pátrio poder se contraía novas núpcias, mas, enviuvando, o recuperava. Também a pessoa que casa sem fazer inventário e sem dar partilha aos herdeiros perde o usufruto. Levantou-se a questão de se saber se, com a perda do pátrio poder, a mulher casada também perderia o usufruto. Fomos o primeiro a sustentar a afirmativa, no *Direito de Família, P* edição, §

150; depois nela insistiram Clovis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* II, comentário ao art. 393), Júlio de Faria *(RT* 23/3), Aureliano Duade *(RT* 41/146) e Reinaldo Porchat (RD 46/422-429). Duvidosa pareceu a opinião de s.

Estevam de Almeida *(Manual,* 264 s.), a que Reinaldo Porchat atribuiu, acertadamente, a afirmativa, e a O. Mendes, a negativa. Sustentou O. Mendes que —a viúva com filhos, que casa a segunda vez, perde o pátrio poder mas não o usufruto‖. Fundamentando a mesma opinião que inserimos na 1C edição do *Direito de Família,* escreveu Aureliano Duarte que o disposto —no art. 225 épenalidade

irretratável, aplicável ao pai ou à mãe, que, tendo filhos menores, não faz inventário e partilha antes de se casar novamente. Como pena, o pai perde o usufruto, mas não perde o pátrio poder. O mesmo se dá com relação à mãe, porque não é em virtude desse dispositivo do art. 225, e não como punição por não ter feito inventário, que ela perde o pátrio poder (e com esse o usufruto), mas sim pelo simples fato do novo casamento e em virtude do art. 393. Outro é o fundamento da disposição (a do art. 393) e ele se encontra no próprio sistema do Código quando limita a capacidade da mulher casada, criando-lhe restrições incompatíveis como a liberdade e autoridade necessária ao exercício do pátrio poder... Por isso mesmo é que, em face do citado art. 393, ela recupera o pátrio poder, bastando que de novo enviuve. Entretanto, se tivesse casado sem fazer o inventário e partilha dos bens do primeiro consórcio, e, como punição, perdido o usufruto, não o readquiriria nem que enviuvasse. São hipóteses muito distintas, acompanhando a diversidade dos fundamentos‖.

Alegou-se que o art. 393, na redação anterior à Lei nº 4.121, art. 1ª XII, somente concernia à *pessoa,* e não aos *bens* do filho. Reinaldo Porchat respondeu muito bem: —A referência, que faz esse artigo ao art. 329, nada exprime em favor da doutrina adversa. Antes, mostra o contrário, a saber, que só há uma exceção *à* regra pela qual a mãe perde todos os direitos do pátrio poder. E a exceção única é essa do art. 329: — não perde o direito de ter consigo os filhos.

O instituto do pátrio poder está distribuido, no Código Civil, em quatro seções do capitulo VI. A 1 lança as disposições gerais sobre a existência do pátrio poder. A II contém as regras sobre o pátrio poder quanto à pessoa dos filhos. A III encerra os preceitos do pátrio poder quanto aos bens dos filhos. A IV enfeixa os casos que determinam a suspensão e a extinção do pátrio poder em geral. Dados os casos previstos nesta seção, o pátrio poder (todo ele) se extingue ou se suspende, salvo a explícita exceção do referido art. 329. Ora, o *art.* 393 está na seção IV. Logo, o seu preceito imperativo é geral quando reza —os direitos do pátrio poder‖, sem fazer referência nem aos artigos da seção II, nem aos da seção [II. Se fosse intuito do legislador fazer alguma restrição, certamente faria a respectiva remissão, como tão comumente o fez por todo o Código. Não há, pois, limitação nenhuma: — a bínuba perde todos os direitos do pátrio poder, só ficando com o do art. 329, ter os filhos consigo. E é por isso que o Código

Civil,

quando

determina os casos em que a mulher casada pode atuar independentemente de autorização do marido, enumera, entre eles, este: — —exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos de leito anterior‖, e refere expressiva-mente o art. 329.‖

Não é verdade, tampouco, que a regra do art. 225, para ser aplicada, precise de ser julgada por sentença. A decisão do juiz, que for provocado, segundo o direito processual, é *declarativa,* e não constitutiva negativa. A ação declaratória do art. 4ª, 1 e II, do Código de Processo Civil é a ação própria. Sob o direito passado, a mulher que perdia o pátrio poder, e, pois, o usufruto dos bens do filho, por passar a novas núpcias, recuperava-os, se enviuvava. Não, porém, aquela, ou aquele pai, que passasse a novas núpcias sem proceder a inventário e partilha dos bens do leito antenor.

Nesse caso, o usufruto era irrecuperável. Pelo fato de enviuvar a mulher recuperava o pátrio poder; não, porém, o usufruto, se o perdera *também,* em virtude da regra jurídica, do art. 225.

§ 984. Curador especial

1.

Código Civil, art. 387. Lê-se no Código Civil, art. 387: —Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os dos filhos, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial.‖ Igual ao direito anterior (Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 9 de novembro de 1897) e ao posterior (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 9Q, 1, 2ª parte; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 142, parágrafo único, 1ª parte). O curador especial há de ser nomeado no início do processo. O pai não pode fazer citar o filho, sem que seja citado o curador especial; nem requerer a própria citação, tem-na de requerer o curador especial. Só o curador especial pode representar o menor, ou assisti-lo; portanto só ele pode contratar advogado para o incapaz (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de setembro de 1950, *RT* 189/230). O art. 387 incide, quer se trate de processos contenciosos quer não (2ª Câmara do Tribunal de

Apelação de São Paulo, 13 de março de 1939, *RT*

119/215). Ainda que se trate de processos perante a administração pública. Assim, são pressupostos: *a)* Estar o filho sob pátrio poder; portanto, falta o pressuposto, se a colisão éentre os interesses do pai, que não tem pátrio poder, ou da mãe, que nao tem o pátrio poder, e os filhos. *b)* No art. 387, diz-se:

—Sempre que no exercício do pátrio poder *colidirem* os interesses dos pais, com os do filho‖. E preciso que se dê colisáo. Não basta que o pai seja figurante, ou representante, em negócio jurídico. O pai que vai doar ao filho não precisa de curador especial: representa o filho, ou assiste-o como pai, titular do pátrio poder; se representa ao doador, s.

nada obsta à dupla representação, pois o direito brasileiro não possui a proibição que se inseriu no § 181 do Código Civil alemão: representa o doador, e representa ou assiste ao filho. Se o pai tem dinheiro para aplicar, que ele mesmo doa ao filho, ou rendas suas por ter usufruto, podendo comprar bens de outrem, nada obsta a que compre o bem próprio, pois seria absurdo ver-se colisão de interesses onde o pai, que se poderia apropriar do dinheiro (usufruto), os vede em bens que vão ser tutelados pelo art. 386. c) Ter sido requerida a nomeação, ou haver base para o oficio do juiz. Não havia nomeação de oficio, mas ao juiz era e é dado, a todo momento, decretar a nulidade do processo; era e é nulo o ato, fora do processo, em que se não observou o art. 387. O Código de Processo Civil, art. 9Q, 1, 2ª parte, permite a nomeação de ofício. *d)* Ser judicial a nomeação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo possui acórdão que errou palmarmente: se há advogado constituído nos autos, dizia, não há necessidade de curador especial; serve de curador, e não precisa de prestar compromisso, pois que o prestou quando recebeu o grau de bacharel (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1920, *RT* 36/120). E

raro encontrarem-se juntas tantas coisas esdrúxulas; advogado, nomeado pelo pai, ou com a assistência dele, em vez de curador especial de nomeação do juiz; compromisso de formatura a dispensar compromissos especiais!

Outro caso. O Código Civil, no art. 391, exclui do usufruto, como da administração dos pais: 1 - Os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento. II - Os adquiridos pelo filho

em serviço militar, de magistério ou em qualquer outra função pública. III - Os deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem administrados pelos pais (art. 391). Quanto aos bens dos incs. 1 e III, tem o juiz de nomear curador especial. Assim, sendo o reconhecimento posterior à aquisição dos bens, ou em se tratando dos bens que se referem no inc. III, não poderá ser inventariante o pai que reconheceu. E, se requerer o inventário, o juiz, no ato, nomeará inventariante dativo, que funcione, e o curador especial, que poderá ser o mesmo, fiscalizado, assim, pelo Ministério Público.

2.

De direito civil. O curador especial é exigência *de direito civil, de* modo que há, então, nulidade (art. 145, IV), decretável de oficio, insuprível. Como, porém, é de direito processual que só se deve decretar a nulidade de que resultou prejuízo, dela não se toma conhecimento quando a decisão que vai passar, ou já passou em julgado for totalmente a favor do menor, no caso de colisão *de* interesses. Compare-se o que dissemos sob os arts.. 244, 245, 248

e 249, §§ 1ª e 2ª, do Código de Processo Civil.

3.

Natureza *das* funções. O curador especial, de que trata o art. 411, parágrafo único, à diferença do *defensor rnatrirnonii* (art. 222), não é obrigado a advogar contra o que entender ser o direito ou a evidência dos autos (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 6 de dezembro de 1924, *RF* 44/210); mas responde por culpa sua no exercício da função. Trata-se de medidas para se suprir o bom pai. Do *direito* do pai ao conceito atual do pátrio poder longa distância vem. Não mais se justifica que o pai disponha dos filhos, que os interne em conventos e lhes prescreva essa ou aquela profissão. A velha concepção de que o pai e a mãe sabem, melhor do que qualquer outra pessoa, o que convém aos filhos, perdeu a antiga significação. Quando, em 1871, na Assembléia Nacional da França, Jules Simon propôs a instrução pública obrigatória, Ernoul rebateu a —violência feita ao pai‖, a quem com isso se tirava *nada menos* que —a disposição do seu filho‖. Não épreciso insistir no caráter autoritário, romano, despótico, de tal patriarcado absorvente e infiscalizado ... Só os espíritos aferrados às superstições de passado estreito, fora do sentimento de finalidade social e de destino eugênico, humanitário e solidário do homem,

podem insistir nas palavras de De la Bassetiêre, em 1888: *Ce que nous* repoussons, *c'est l'introduction de l'Etat dans la familie, de l'Êtat venant se mettre à la place du pêre pour lvi dicter ses bis et l'appeler brutalement devant* une *juridiction incompétente, lvi qui, dons l'accomplissement de* ce *devoir moral,* est le seul *et le* vrai juge, *et ne relêve que de sa conscience et de Dieu.* Ora, essa *consciência religiosa* pode falhar. Restará, dir-se-á, a *consciência moral.* E se falhar essa? Restará, replicar-se-á, a *consciência jurídica.* ~E se também essa falhar? A sanção tem de vir. E então? Não é outra coisa o que se deseja, na moderna concepção do pátrio poder: suprir a falta do *bom* pai.

Quanto à função dos curadores especiais *(e.g.,* Código Civil, art. 387), ou *ad hoc,* para o caso de assinatura de negócio jurídico para o qual se dá por impedido o tutor ou curador *(e.g.,* a ação a ser proposta é contra o cônjuge do tutor) e dos curadores à lide, o poder de representação do absolutamente incapaz, ou de assistência ao relativamente incapaz, não é só no plano de direito processual, — é, também, no que concerne à espécie, no plano do direito material. Têm eles, no que toca aos interesses, todos os poderes que, na espécie, teria o curador permanente ou definitivo. Se especial, ou *ad hoc,* porém não à lide, precisa da autorização judicial para propor em juízo as ações que caibam ao incapaz, ou defendê-lo judicialmente, ainda a respeito do interesse ou interesses do que tenha de curar (Código Civil, art. 427, VII). Se à lide, a autorização judicial está implícita; em vez de dois atos judiciais sucessivos, um de nomeação, com delimitação, ou não, de funções, e outro, de autorização para pleitear, ou defender, em juízo, o incapaz, com duas cognições diferentes pelo juiz, — há uma só cognição e um só ato: o juiz nomeia o curador, porque a lide, pela necessidade da propositura, ou do prosseguimento da ação, ou pela necessidade da defesa, o exige.

O curador à lide já é, por definição, curador autorizado a litigar Nova autorização seria supérflua e impertinente.

s.

Nomeando o tutor definitivo e autorizado a litigar (Código Civil, art. 427, VII), pode ele contratar advogado. Não se precisa de nova autorização. Dá-se o mesmo com o curador especial, ou *ad hoc,* a que se deu autorização judicial para litigar Quanto ao curador à lide, está, conforme já foi dito, implicitamente autorizado ao pleito, de que se trata. Não se deve dar curador à lide que seja iletrado: *Curatorem ad litem sem per dari hominem literatum;* e sói dar-se advogado de nota.

Não é, porém, pressuposto necessário que seja advogado. Foi insigne peculiaridade do direito português reinícola a dação de curador à lide, fosse réu ou autor o incapaz; e tal compreensão, que Manuel Álvares Pêgas considerou melhor, se transmitiu ao direito de hoje. A assinatura do termo nos autos, pelo curador à lide, é o *iuramentvm de bene defendendo,* de que falavam os juristas portugueses, e o curador à lide (õrdenações Manuelinas, Livro III, Titulo 86, § 4, e Ordenações Filipinas, Livro III, Título 41, § 9) invenção poduguesa, *inventum iv ris nostri* (Alvaro Valasco, *Praxis Partitionum* et *Collationvm,* 502; Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae,* 1, 330). Ao tempo das Ordenações Manuelinas e Filipinas, havia-se de dar como curador à lide um dos advogados do juízo, unum *ex advocatis* suae Curiae; o texto legal exigia o —procurador da sua audiência Hoje, não. Ainda assim, o curador à lide podia passar procuração, tanto que Francisco de Caídas *(Commentarius analyticus ad Legem* Si curatorem habens, Cod., *de* in *integrum restitutione minorum,* nº 22), figurava a espécie de o curador nomeado à lide constituir advogado, caso em que se não precisaria nomear outro. Poder-se-ia, então, discutir se o procurador judicial tinha de prestar outro juramento (compromisso), porém seria sem qualquer base em lei, *hoje,* tal exigência: pelo *bis in idem* e pelo compromisso geral dos advogados. O que mais interessa saber-se é que o curador *ad litem* podia e pode constituir procurador judicial: *comparente curatore sim vi cum minore ad proseqvendam causam,* procuratorem constituendo, non est *assignandus novvs curator ad litem...* O Código de Processo Civil não exige que o curador à lide seja advogado; nem se lhe veda, tampouco, contratar advogado. O

curador à lide tem todas as funções que teria o pai, tutor, ou curador, se tivesse de acionar ou defender em juizo o incapaz. A sua atividade é no plano processual e a respeito da *res* in *iudicium deducta.* Pode ele constituir procurador judicial e a comparência desse é sua, para todos os efeitos. Nem se compreenderia que a sanação de nulidades só se desse pelo comparecimento *pessoal.*

Hoje, o curador *ad litem* pode ser pessoa que não seja advogado; pode, e já o podia no velho direito, constituir procurador judicial e, até, procurador extrajudicial para atos indispensáveis à defesa dos interesses do incapaz. Não se exige novo compromisso ao procurador judicial: é, apenas, procurador do curador à lide.

Especialização da hipoteca legal. O direito brasileiro exige, para a nomeação dos tutores e curadores definitivos, que se respeitem as regras do Código Civil. No Código Civil, art. 418, impõe-se a especialização de imóveis em garantia do exercício da tutela e da curatela Código Civil (art. 453). A infração do art. 418 não tem por sanção a nulidade da nomeação: a especialização da hipoteca legal seria ato posterior; e não há causas *posteriores* de invalidade. Quanto ao termo, que hão de assinar, em compromisso, os tutores e curadores, o art. 1.188, pr., do Código de Processo Civil exige que seja em livro próprio, rubricado pelo juiz. O art. 1.188, pr, só se refere aos tutores e curadores permanentes ou definitivos; os curadores especiais, *ad hoc* e à lide *(ad litem* ou in *litem),* são nomeados para o ato ou no ato, que se tem de praticar ou nos autos da ação em que têm de funcionar, ou, se o juiz competente é outro, por despacho do juiz, para ser remetida a certidão, por ofício, ou entregue ao interessado, a fim de que, no juízo do processo, funcione o curador nomeado. Não é praxe exigir-se a assinatura de termo em livro próprio a curadores que não sejam permanentes, pois que o compromisso desses é para função limitada.

§ 985. Responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos

1.

Pátrio poder e companhia. Além dos casos ordinários de responsabilidade, em que o filho é mandatàrio do pai, ou, por outro qualquer modo, o seu ato implique responsabilidade do pai, ainda existe a hipótese dos atos ilícitos.

O menor de dezesseis anos é absolutamente incapaz, civilmente. Os seus atos, embora se trate de atos ilícitos, não compõem a figura jurídica do delito civil, porque lhes falta um dos caracteres essenciais da responsabilidade civil: o serem imputáveis a ele. O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir a obrigação *ex delícto,* alegar a sua menoridade; pois que a lei, expressamente, o equiparou ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que seja culpado (art. 156). Se o menor de dezesseis anos ou depois dos dezesseis anos está sob o poder e em companhia dos pais, esses serão responsáveis, *também,* pela reparação civil (arts.. 1.521, 1, e 1.518, parágrafo único).

2.

Pai e menor de dezesseis aºs. Pergunta-se: Praticado ato ilícito pelo menor de dezesseis anos, ~é responsável s.

o pai? Sim.

O Código Civil, é cedo, emprega no art. 1.518, parágrafo único, as expressões —são *solidariamente* responsáveis as pessoas designadas no art. 1.521‖, que é o em que se assenta a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menq;es que estiverem sob seu poder *e* em sua companhia; mas é bem de ver-se que art. 1.521 teve por fito estatuir, não só a responsabilidade *solidária,* nos casos de atos ilícitos praticados por maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um, como também a responsabilidade do pai *independente* da responsabilidade do filho, o que permite ser responsável o pai e irresponsável o menor de dezesseis anos. Prova de que esse é o sentido do art. 1.521 está em que o inc. II estabelece que são responsáveis pela reparação civil os curadores pelos curatelados, que se acharem em seu poder e em sua companhia, o que abrange os atos dos loucos e dos surdos-mudos, pessoas, como os menores de dezesseis anos, absolutamente incapazes.

3.

Guarda do filho. Para que ambos os pais sejam responsáveis pelos atos dos filhos é preciso que o filho esteja sob o poder e em companhia deles. O elemento de ligação é a *guarda:* se a *guarda* é indevida, ou quem devia guardar o menor não no guarda, ligado fica quem o devia guardar e não o guardou, ou confiou, ou aquiesceu na guarda por outrem. E possível que o guardador efetivo também fique responsável.

4.

Elementos da responsabilidade. São elementos, portanto, para a responsabilidade dos pais: *a)* estar o filho sob seu poder; *b)* estar o filho em sua companhia. Se o filho está sob o poder da mãe e em companhia dessa, só ela é responsável, e não, *de regra,* o pai, ainda que viva no mesmo lar.

5.

Separação judicial e anulação do casamento. Dificuldades aparecem quando se imaginam as situações criadas pela separação judicial, litigiosa ou por mútuo consentimento, ou pela anulação do casamento. Proferida a sentença de separação litigiosa, ou homologada a separação consensual, podem os filhos ser entregues àmãe, embora o pátrio poder pertença ao pai, pois em virtude do art. 381 do Código Civil, a separação judicial não altera as relaçóes entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Assim, embora o pai mantenha o pátrio poder, pode dar-se que os filhos vão para o lar em que viva a mãe, ficando em sua companhia, e vice-versa. Praticado o ato ilícito, ~a qual dos pais cabe a responsabilidade pela reparação civil? ~Ao que *exerce o pátrio poder,* ou ao que tem *em sua companhia* o filho? Seria absurdo julgar-se impossível, na espécie, a responsabilidade do pai, que é o titular do pátrio poder, ao lado da responsabilidade do outro. A expressão —poder‖

inserta no art. 1.521, embora se refira a pais, deve ser compreendida sem rigor técnico, significando a simples subordinação imediata do filho, a sua estada sob a imediata vigilância dos pais, de onde emana a culpa *in vigilando* de ambos, ou do que tenha sob seu poder o filho e o mantenha em sua companhia. A interpretação técnica, como se a palavra —poder‖ exprimisse —pátrio poder‖, traria desacedos e inconvenientes graves. A única solução razoável é a de se entender pela expressão —poder‖ (art. 1.521, 1) também a situação do que não tem consigo o menor, se ocorre o pressuposto da culpa in *vigilando.* Apliquemos às espécies a disposição do art. 1.521, inc. 1: —São também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.‖ Se a palavra —poder‖ significasse, aí, o —pátrio poder‖, a expressão —menores‖ seria redundante, e o dispositivo, em Consequência, pleonástico, porque se referiria aos filhos —menores que estiverem sob seu pátrio poder‖, quando bastaria dizer —filhos que estiverem sob seu pátrio poder‖, porquanto só os menores são suscetíveis de tal submissão.

O —e‖ do art. 1.521, 1, é‖ou‖.

6.

Responsabilidade de ambos os pais. Na constância da sociedade conjugal, ambos os pais são responsáveis pelos atos ilícitos dos filhos.

Separados os pais, será responsável o que tenha em sua companhia e sob seu poder o filho, embora seja outro, sem ter a companhia, o titular do pátrio, poder. Assim, após a separação judicial, os filhos vão para o cônjuge que a ela não houver dado causa, e será esse o responsável; se ambos deram causa à separação judicial, os filhos, enquanto menores, ficam com a mãe, salvo se disso lhes advém défice de ordem moral, de modo que éela, enquanto os tiver em sua companhia, a responsável pela reparação civil. Se o juiz dá outra situaçát aos filhos, o pai e a mãe são responsáveis cada um de per si, pelos danos causados pelos filhos que lhes caibam. No caso de anulação do casamento, a regra a ser obedecida é a mesma.

7.

Entrega a outrem. O fato de o pai ou de a mãe entregar seu filho a outrem, quando legalmente os devera ter consigo, não os exime da responsabilidade; nem é responsável o pai, ou a mãe, se o adotante (pai ou mãe) entrega o filho a outrem, pois que, perante a lei, tal filho está sob o poder do adotante e em sua companhia. Mas, se o pai, ou a mãe, ou o adotante, entrega seu filho havido da relação do casamento, ou por adoção, como serviçal, preposto ou s.

empregado de alguém, o patrão, amo, ou comitente é responsável pelos atos praticados no exercício do trabalho, ou por ocasião dele (art. 1.521, III), e essa responsabilidade é *solidária,* se o menor tem mais de dezesseis anos, e *exclusiva* do amo, patrão, ou comitente, se o menor tem menos de dezesseis anos. Em relação à responsabilidade de ambos os pais ao pagamento da dívida oriunda da obrigação *ex delicto filii,* disso já tratamos. Caso semelhante ao do filho entregue a outrem, porém não igual, fora o do Decreto-Lei n0 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 16, modificado pelo Decreto-Lei n0 5.213, de 21 de janeiro de 1943, art. 1ª: —O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidiu de outro modo, no interesse do menor‖, dado que o juiz não tivesse desconstituído, por sentença, o pátrio poder e só houvesse separado, por exemplo, a *companhia.* Também no caso do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.200: —Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legitimo, se o tiver.‖

§ 986. Suspensão do pátrio poder

1.

Abuso do pátrio poder. —Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder‖, estatui o art.

394; —suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível em crime, cuja pena exceda de dois anos de prisão‖, acrescentase no parágrafo único; e complementa-se na Lei flQ

8.069, de 13 de julho de 1990, art. 24, que também se suspende o pátrio poder na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, bem assim das obrigações de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

2.

"Suspende-se". Suspende-se, podanto, o exercício do pátrio poder se a segurança do menor ou dos seus haveres o aconselha, e, mais: *a)* quando o titular dele é condenado por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão; *b)* pela sentença que, julgando o pai ou a mãe incapaz de reger sua pessoa e bens, lhe dá curador; *c)* quando o pai ou a mãe é julgado ausente; *d)* quando se verifica, em —procedimento contraditório‖, descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 22.

Suspendendo-se o pátrio poder em relação a um dos pais, o outro exerceo, ou então se nomeia tutor ao menor, se também o outro dos pais não pode exercer ou tiver falecido.

3.

Suspensão total. A suspensão total priva o pai de todos os direitos que constituem o pátrio poder, inclusive o usufruto, que édireito acessório. Ou, melhor: um dos elementos do pátrio poder; assim, como *In toto pars continetur,* suspenso o pátrio poder, com ele se suspende o direito de usufruto. Outra fora a doutrina no direito anterior: suspendiam-se os outros direitos, e não o do usufruto. Tratava-se, porém, de erro manifesto: atribuir-se a ausente ou louco, destituído do pátrio poder, o usufruir os bens do filho! O Código Civil não se presta mais a tal interpretação.

Aliás, já Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* art. 174, p. 142) era explícito: ... o pai é legitimo administrador e usufrutuário dos bens dos filhos, enquanto estiverem em seu poder.‖ Doutrina exata.

4.

Causa da suspensão, se cessa. Cessada a causa que motivou a suspensão, volta o pai temporariamente impedido a exercer o pátrio poder. Assim, acaba a suspensão: *a)* Depois de cumprida a pena, ou por outro meio qualquer extinta a penalidade (prescrição, perdão, anistia etc.). *b)* Quando o pai, ou a mãe, que estava sob curatela, recupera a razão, se for a loucura a causa da interdição; ou quando o interdito por surdo-mudez adquire educação que o habilite a enunciar precisamente a sua vontade. *c)* Quando o pai ou a mãe, interdito por ausência, volta à sede do lar. *d)* Quando expira o prazo fixado pelo juiz, ou intervém sentença que o restrinja, ou casse a suspensão.

Se o pai, ou mãe, que tinha, ou havia de ter o pátrio poder, foi julgado ausente, nomeando-se tutor ou curador ao filho, á sua aparição não exsurge o pátrio poder. E preciso que se desconstitua o julgado da ausência, devendo o juiz que nomeou o tutor ou curador atender ao elemento mandamental da decisão do outro juizo, ou ele mesmo conhecer do pedido, após à desconstituição da sentença sobre ausência.

s.

Se o pai, ou mãe, foi interdito por loucura, ou surdo-mudez, ou outra causa, que fez suspender-se o pátrio poder, a investidura no pátrio

poder é *ipso iure,* trânsita em julgado a sentença de levantamento da interdição.

A decisão do juiz, no caso do art. 16, § 2ª, do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, modificado pelo art. 1ª do Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943, com a redação que lhe deu a Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, em se tratando de filho, pode consistir em decretação de qualquer das medidas do Código Civil, art. 394, ou do art. 395, analisadas nos §§ 991 e 992, bem assim da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, art. 24.

§ 987. Fontes e finalidade do art. 394

1.

Direito anterior. No direito anterior com a austeridade dos hábitos brasileiros nos tempos pré-imperiais e no período imperial, Somente se suspendia o pátrio poder no caso de ausência, ou de incapacidade do pai (cf. Lafaiet e Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 222) e, se ocorresse prejuízo aos bens, causado pelo pai, podia ser tirada a administração (Ordenações Filipinas. Livro III, Título 9, § 4), ou, se a enfermidade do pai o impedia de adminis ti-ar, ser nomeado tutor ou curador, sem se prejudicarem os outros direitos (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § *6, in une).*

2.

Fontes do art. 394. O art. 394 não assenta no passado; deriva do art. 233 do antigo Código Civil italiano e do Projeto de Código Civil alemão, §§ 1.546 e 1.547, a que corresponderam os §§ 1.666 e 1.667, sobre os quais já se exerceu, através da doutrina e da jurisprudência, a atividade científica, técnica e prática dos investigadores e intérpretes. De modo que, antes de se aplicar, no direito brasileiro, o art. 394, já o víramos funcionar, com todo o rigor recomendável e com todas as cautelas, nos tribunais e no ensino alemães.

3.

Papel da Justiça. Com o Código Civil, mais do que no século passado, era preciso que funcionasse o aparelho da Justiça orfanológica, para que se reali2asse o bem público que se confiou às instituições; e uma das peças mais delicadas desse mecanismo sutil e benéfico foi, justamente, o art. 394 do Código Civil, que teve, e tem, missão assaz grave e assaz opoduna na vida contemporânea do Brasil. Os gonzos, porém, mostram-se duros; as molas, resistentes; a ferrugem da inércia burocrã$ica e da inciência tudo reduziu ao mínimo de esforço e ao quase-nada de eficiência.

Contudo, era mister conseguir-se que se movessem as articulações e entrasse em função órgão de tão alta incumbência e dignidade social, como era, e é, o Juízo protetivo. A criação do Juízo de Menores e a promulgação do seu Código, como as revelações da Justiça da Infância e da Juventude, e de seu Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas vieram explicitar o movimento que os arts.. 394 e 395 representavam.

4.

Competência. De regra, competia, privativamente, aos juizes de órfáos e de menores a decretação da *suspensão* e da *extinção do pátrio poder* nos termos da legislação civil, e, hoje, a competência é da Justiça da Infância e da Juventude quando se tratar de criança ou de adolescente cujos direitos, definidos na Lei n0 8.069 de 13 de julho de 1990, forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua própria conduta. Na Alemanha, desde muito, pedenceram tais atribuições, exclusívamente aos tribunais de tutela (CarI Crome, Sys *tem,* IV, 155-156), quer para a prova dos abusos e mau exercício do pátrio poder, quer para a execução das medidas adotadas. A legitimação para a ação de suspensão ou de perda do pátrio poder toca ao órgão do Ministério Público ou a quem tenha —legítimo interesse‖ (Lei nº 8.069, art. 155), qualquer parente consanguíneo do menor, que poderia ser indicado para tutor (art. 409). A mãe podia pedir a destituição do pai do menor, seja havida, ou não, da relação do casamento a filiação. A sociedade conjugal não é obstáculo a isso. Trata-se de ação para cuja propositura não é de se exigir autorização judicial, nem se conceberia que fosse dependente de autorização marital. Se o parente é em grau afastado, ou se o que representa ao juiz é pessoa estranha, trata-se a promoção como informação ao juiz, e ao Ministério Público. A 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo; a 31 de julho de 1953 *(RT* 216/357), decidiu que contra a mulher, que exerce o pátrio poder, pelo fato de não mais o ter o

marido, não pode esse pedir destituição. Não há razão para essa exclusão; o pai destituído do pátrio poder não deixa, por isso, de ser pai, nem perde capacidade de direito. Qualquer pessoa pode representar ao juiz e a esse incumbe examinar o caso, a fim de tomar as providências imediatas que sejam necessárias, ou aconselháveis, até que se ouçam o Ministério Público e o titular do pátrio poder; mas o pai não está fora de legitimação à ação de suspensão ou de destituição, por ter perdido o pátrio poder. Tal pai perde apenas o direito de nomear, em testamento, tutor ao filho. O mesmo raciocínio se há de fazer em relação à mãe. Por exemplo: s.

tinha o pátrio poder do filho e perdeu-o; o pai reconheceu o filho e assim o pátrio poder, *ipso* iure, nasce ao pai que reconheceu; se o pai está em situação que justifique a invocação do art. 394, ou do art. 395, do Código Civil, ou do art. 24 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a mãe, que fora destituída, pode promover a suspensão ou a destituição do pátrio poder do pai.

§ 988. Competência para aplicação do art. 394

1.

Separação judicial, nulidade e anulação. O juiz da separação judicial, ou da nulidade ou anulação do casamento, somente pode aplicar os arts.. 99 a 14 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977; antes, depois, ou concomitantemente, é ao Juízo da Infância e da Juventude que compete a aplicação do art. 394, pois pedence isso, de regra, ao privativo conhecimento das varas da Infância e da Juventude (Lei nº 8.069, art. 148, parágrafo único, *a)* e bfl. O Juízo do Cível só tem poder para dispor sobre a posse e guarda, e não para as medidas interventivas do art. 394, se incidentes as regras jurídicas da Lei nº 8.069, art. 98,1-111. E assim também resolvem os juristas alemães (H.

Dernburg, *Das búrgerliche Recht, 1ª* ed., IV, 270), porque o ter em sua companhia os filhos é de *interesse privado dos* cônjages, sobre o que o juiz do cível pode resolver na ação (de divórcio ou) de separação judicial, ou de anulação, ao passo que as medidas do § 1.666 do Código Civil alemão ou do art. 394 do Código Civil brasileiro tocam a *interesses públicos,* confiados à jurisdição da infância e da juventude. Demais, o rito processual não é o mesmo (Lei nº 8.069, arts. 155-163).

2.

Juízo do cível e juiz da infância e da juventude. A pendência no juízo do cível não exclui o procedimento do juiz da infância e da juventude (H. Dernburg, *Das búrgerliche Recht,* 4ª ed., IV, 271); mas, se é certo que o juiz da infância e da juventude pode dispor, com fundamento no art. 394, que se retirem ao pai, ou *à* mãe, os filhos, e tal decisão modifica a situação criada pela sentença do juiz da separação judicial, da nulidade, ou da anulação, também é indubitável que não tem ele poderes para alterar a posse e guarda dos filhos *sem* que milite qualquer fundamento do art. 394, conforme jurisprudência alemã, perfeitamente atendível no direito brasileiro e acorde com a nossa legislação (Decisão do Tribunal Imperial, de 2 de maio de 1906, ~*Juristísche Wochenschrift,* 1906, 392). Nunca nos esqueça que o art. 394 teve por inspiradora a corrente de pensamento que se vasou. nítida, no § 1.666 do Código Civil alemão. Nem nos esqueça, tampouco, que a mudança em nosso direito foi radical.

3.

Mudança da legislação sobre pátrio poder. No Código Civil brasileiro há diversas normas, estranhas ao direito anterior, imitadas ou integralmente transplantadas de Códigos Civis europeus, que de começo não foram estudadas, menos ainda entendidas *e* aplicadas. Continuáramos, tenazmente. a observar a Antônio Joaquim Ribas em matéria de posse, como a considerar absurdas regras que são pontos de referência das novas idéias adotadas e a insistir no obsoleto sistema do direito de órfãos e de menores das leis anteriores. Um dos exemplos mais frisantes foi, justamente, o art. 394, principio inteiramente novo no direito parental e orfanológico brasileiro, que precisava ser entendido para que funcionasse e vivesse. Outro, a hostilidade a certos artigos do Código de Processo Civil, bebidos na lei austríaca.

Trata-se, no art. 394, de uma dessas normas providenciais e enérgicas, com que se procurou atenuar a anarquia da sociedade contemporânea, principalmente no que concerne à educação (3. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* 151 s.).

§ 989. Regras de interpretação para o art. 394

1.

Interferência do juiz. Na boa interpretação do art. 394, deve o juiz ter sempre presente que a intervenção judicial é no interesse do menor (Th. Engelmann, Familienrechi, 1 *v. Staudingers Kommentar,* 7ª‘ e 8ª ed., IV, 985).

Tal norma de exegese constitui o roteiro em toda a investigação que se refere ao art. 394 do Código Civil.

2.

Direitos do pai, deveres. A preocupação ou atribuição de preeminência dos *direitos* do pai ou *a)* seria reminiscência do despotismo primitivo e, portanto, anacrônica, ou jurisprudência sentimental, ou *b)* mero dedutivismo resultante da construção apriorística dos Códigos Civis. Todos esses vicios já foram cabal-mente combatidos e condenados.

3.

Relações sociais. Segundo nos aconselham as contemporâneas convicções da ciência jurídica, devemos pesquisar as relações sociais a que havemos de aplicar o art. 394. Ao contacto com a vida, fecunda-se o dispositivo s.

legal e, rico de seiva e de realidade, presta à matéria social o que se espera de toda regra jurídica acertada e sábia: promover a adaptação dos individuos à vida social.

No crescimento dessa adaptação, suscetível de ser expresso em termos de ciência pura e em fórmulas matemáticas, está o sentido da evolução social e, pois, a diretriz que a ciência oferece à política jurídica, nas suas três modalidades: legislação, interpretação (doutrina) e aplicação (Pnder Judiciário e Executivo).

4.

Direito italiano. No direito italiano, se o genitor *abusava* do pátrio poder, isto é, se *violava* ou *transcurava* os deveres, ou administrava mal os bens do filho, podia-se nomear tutor para a pessoa do filho, ou curador para os benssdele, ou, ainda, se podia privar o genitor do usufruto, no todo, ou em parte, e *dare quegli altri provvedimenti che*

stimerá convenienti nell'interesse deI figlio (antigo Código Civil italiano, art. 233). Compreende-se o que essa regra legal representou de evolução no solo peninsular, onde mais duro foi e mais desabusado o poder do pai, — no solo do despotismo familial típico. Hoje, vejam-se os arts.. 330-337 do atual Código Civil italiano.

5.

Direito alemão. No direito alemão, desde que o bem moral ou material do menor corre perigo por abusar *o* pai do direito de cuidar da pessoa do filho, ou desde que se dá a negligência, ou culpa na conduta infame ou imoral, são autorizadas as medidas necessárias para afastar o risco *(die zur Abwendung der Gefahr erjorderlichen Massregeln).*

Nomeadamente, pode-se ordenar que o menor, com o fim de se educar, seja colocado em familia conveniente, ou em estabelecimento de educação, ou em casa correcional. Se periga a subsistência do menor, é permitido tirar-se a administração do pãi, bem como o usufruto (§ 1.666). Se é *a* fortuna que se expõe, igual é o poder do juiz: pode ordenar que apresente inventário e preste contas etc. (§ 1.667).

§ 990. Conteúdo do art. 394

1.

Suspensão e modificação. O art. 394 não autoriza somente a suspensão, mas, igualmente, outras medidas, que precisam ser apontadas. Não se trata de *perda* (art. 395), nem só de *suspensão (art.* 394), mas de *modificações, restrições, cautelas* e *quiescências* ou *quietação* do pátrio poder Por isso preferiu usar de palavra ambígua E.

Matthiass *(Lehrbuch,* 3ª ed., II, 345): *Ruhen.* Enfreiamse, restringem-se, adormecem-se, no interesse do menor, os poderes e direitos do titular do pátrio poder A modificação ou alteração do pátio poder deixa intacto o direito como tal; exclui, apenas, o exercício: materialmente, diz O. Haidlen (Das Familienund Vormundschaftsrecht *Lehrbuch* de Mayer-Reis, 1, 315), não há diferença entre aquela intervenção quiescente *(Ruhen)* e a perda de todo ou de parte do pátrio poder, — —o que se ablui é a autorização para o exercício dele‖. Sem razão. A

suspensão total atinge o pátrio poder, em si, e não só o exercício. *A fortiori,* a perda do pátrio poder (art. 395) As medidas, que não suspendam todo o pátrio poder, ou não o restituem, só alcançam o exercício. Tais precisões conceptuais são úteis, teórica e praticamente.

2.

Prejuízo provável. Nos casos do art. 394, o juiz examina o *receio* que há contra o bem físico ou moral do menor. Não épreciso que já exista principio de mal (O. Opet, *Das Verwandschaftsrecht des BGB.,* 205, nota 91; O.

Fischer e W. von Henle, *Búrgerliches Gesetzbuch,* 9ª ed., nota 1 ao § 1.666); porém não basta a *simples* possibilidade. Se prejuízo atual pode resultar de culpa do pai, em época anterior, — então se justifica o receio. Não é preciso que a causa seja permanente; um só acontecimento pode constituir perigo para o menor (G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* IV, 420), como se, ceda vez, tendo bebido, o pai quis matar o filho, ou se, em ceda ocasião, o pai jogou parte ou toda a impodância recebida pela venda dos bens do filho menor.

3.

Prejuízos materiais "possíveis". Os prejuízos materiais simplesmente *possíveis* não justificam as medidas quanto à administração, à perda do usufruto etc. Mas basta a demora, por culpa do pai, no inventário da mulher, ou o não-cumprimento injustificado de determinações judiciais (arg. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts.. 22 e 24).

Com maioria de razão, se há desvio, ocultamento de bens, ou mora em entrega de dinheiros etc.

4.

Ambito da família. Deve-se fugir de ingerência no âmbito da família, nas suas relações íntimas, mas isso cessa desde que esteja em exame o bem dos menores *(Jahrbuch fOr Entsch. d. Ram* merger, 33A, 17): evita-se analisar o que não diz respeito aos filhos, mas não se deixa de julgar qualquer ato ou situação, quanto ao que interessa a eles (Decisão do Superior Tribunal de Munique, 26 de abril de 1912, Sammlung, (i13, 264). O juiz, que tem cognição da espécie, não pode

deixar de examinar a situação e decidir pelo deferimento ou pelo indeferimento do pedido.

s.

5.

Culpa. É preciso, de ordinário, que haja culpa intencional ou não, do genitor a que se aplica o art. 394 (G.

Planck, *Búrqerliches Cesetzbuch,* IV, 420, e fada jurisprudência alemã posterior; erradamente, W. von Blume, Veyvaandtschaft, *Das Familienrecht* de O.Opet e W. von Elume, anotação 1). Se o pai é empregado de fábrica e não tem ninguém que, na sua ausência, vele pelo filho, a medida não deve ser a suspensão. Porém também cabe a intervenção do juiz nos casos de responsabilidade *objetiva* (CarI Crome. 193 *System,* IV, 540), ou de proteção ao menor.

Porém ai não é ao art. 394 que se há de buscar fundamento à medida, mas às leis protetivas de menores.

6.

Fundamentos suficientes. São fundamentos suficientes para adoção de medida —reclamada pela segurança do menor e de seus haveres‖: 1) As *doenças transmissíveis,* porque, se o pai não toma providências profiláticas que são de mister, se caracteriza o abuso do pátrio poder: transcura os seus deveres paternos e torna-se possível, por isso, a intervenção da autoridade judiciária. Na Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, dizia o art. 39, § 2ª: —Nos casos em que a provada negligência, o abuso de poder, os maus exemplos, a crueldade, a especulação, o crime do pai, mãe ou tutor podem comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho ou pupilo, a autoridade competente decretará a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela.‖ Não é preciso que o digam as leis, pois o conceito de abuso do pátrio poder já está assente na doutrina de hoje. 2) O *mau trato: a)* no caso de castigos imoderados que todavia não justifiquem a sentença de perda do pátrio poder; *b)* no caso de restrições prejudiciais, ou privação de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, que ponha em perigo a saúde do filho. 3) Exigir do menor serviços *excessivos, ou impróprios, o que constitui abuso do direito*

do titular do pátrio poder (art. 384, VII, combinado com os arts..

160, 1, e 394), conforme se decidiu na jurisprudência e na doutrina (Mugdan e Falkmann, *Die Rechtsprechung der Qberlandesgerich te,* VI, 288 s., e X, 1; Th. Engelmann, Famílienrecht, *cJ. v. Staudingers Kommentar,* IV, 987), —

isto é, empregar o menor em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, ou a moralidade. 4) *Não reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha* (arts.. 394 e 384, VI). 5) O *desleixo, abuso* ou *descuido (Motive,* IV, 804): *a)* induzimento do menor ao mal, por excitar, favorecer, ou produzir o estado em que se acha, ou possa achar-se o filho, ou de qualquer modo concorrer para a perversão desse, ou para o tornar alcoólatra; *b)* deixar o filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem, ou criminalidade (para a intervenção do Juízo de Órfãos e de Menores, não é preciso que seja *atual* o dano ou prejuízo, — basta o risco, o receio, cf. O. Opet, *Das Verwandschaftsrecht des BGB.,* 205, nota 91); *c)* faltar habitualmente ao cumprimento dos deveres paternos, por abuso de autoridade, negligência, incapacidade, ou impossibilidade de exercer o pátrio poder (Código Civil, art. 394; cp., ainda, Lei nº 4.242, art. 39, § 1ª, III, e Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, art. 6ª, V); *d)* tirar dos cuidados da mãe o filho que, pela idade, deles precisa (Decisão do Superior Tribunal de Stuttgart, 11 de agosto de 1900, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* V, 399-400), ou para cuja criação e educação é prejudicial a participação do pai; ou tomar de outrem, se não convêm ao bem físico ou moral do menor a entrega a qualquer dos pais, ou se o procedimento do pai para com a mãe do menor denuncia tratar-se de pessoa desassisada ou sem sentimentos (Decisão do Superior Tribunal da Baviera, 2 de outubro de 1903, *Das Recht,* VIII, 528).

6)

Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, como as relações sexuais escandalosas ou ilegais (Th.

Engelmann, Familienrecht, *J. o. Staudingers Kommentar,* IV, 986). O Código Civil reputa-o assaz para a ~rda do pátrio poder (art. 395, III), no que fora acompanhado pelo Decreto nº 16.272, art. 49, V; mas o juiz pode não considerar acertada a sentença de *perda* (salvo no caso de crime que implique tal pena), e preferir a *suspensão.* A intervenção *ob nequitiam patris* vem do direito romano, onde a L. 3, § 5, D., *de liberis exhibendis, item ducendis,* 43, 30, esclarecia: *Etiamsi maxime autem probet filium pater ín sua potestate esse, tamen causa cognita mater*

in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur. Tirado em vernáculo:

—Por mais que prove o pai que está sob o seu pátrio poder o filho, será, ainda assim, com conhecimento de causa, preferente a mãe para o reter, e isso se contém em decretos do divino Pio, porque logrou a mãe, por causa da maldade do pai, ob *nequitiam patris,* que o filho com ela morasse sem diminuição do pátrio poder.‖ Nos *Motive* (IV, 804), dizia-se que se deverá considerar perigoso o mau exemplo dos pais, ainda quando se não tivesse manifestado nenhuma imoralidade do menor Nos *Protokolle* (IV, 625), assaz se o conceito de imoralidade do modo de proceder. A doutrina recorreu ao § 1.568 do Código Civil (procedimento nesto e imoral). Devemos considerar como exemplos: 1

– o alcoolismo que é bastante desde que ponha em perigo o bem ou moral do menor (O. Opet, *Das Verwandtschaftsrecht BGB.,* 204, nota 89); II - o mau proceder, no que se refere ligações sexuais, desde que, com isso, se ponha em risco a idade e a criação do menor, como o concubinato repulsivo sem aparência de ligação para a vida, apreciadas as circunstâncias presença permanente ou passageira de prostitutas na residencia da família (Decisão do Superior Tribunal de Dresda, 18 de junho de 1904; *Entscheidunqen in Angelegenheiten der flhigen Gerichtsbarkeit,* VI, 23); III - se é cedo que a direção religiosa do pai por si só não justifica a medida interventiva, contudo possível a intervenção quando se trata de práticas conder ou de grosseiras superstições de camadas residuais da população, que possam ser tidas como ofensivas ou destoantes da Aê ordem e da moralidade pública (cf. na s.

Constituição de art 5ª, VI; Constituição suíça, art. 50: —nos limites compatíveis a ordem pública e os bons costumes‖; *Rechtsgefuhl und Begriff des Rechts,* 193). A exposição, enjeitamento ou abandono material é causa suficiente para a decretação da suspensão ou perda do pátrio poder (2ª Câmara da Corte de Apelação ito Federal, 25 de junho de 1915, *RD* 39/677-680). Alias direito anterior, provinha do Alvará de 31 de janeiro de 1775.-a doutrina recorria, às vezes, à L. 2, C., *de infantibus* tís *liberis,* 8, 51. Também é causa suficiente para a decretação da perda (5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito ~, 4 de abril de 1924, *R.STF* 66/123) *d)* tirar dos cuidados da mãe o filho que, pela idade, deles precisa (Decisão do Superior Tribunal de Stuttgad, 11 de agosto de 1900, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* V, 399-400), ou para cuja criação e educação é prejudicial a participação do pai; ou tomar de outrem, se não convém ao bem físico ou moral do

menor a entrega a qualquer dos pais, ou se o procedimento do pai para com a mãe do menor denuncia tratar-se de pessoa desassisada ou sem sentimentos (Decisão do Superior Tribunal da Baviera, 2 de outubro de 1903, *Das Recht,* VIII, 528).

6)

Praticar atos contrários á *moral e aos bons costumes,* como as relações sexuais escandalosas ou ilegais (Th.

Engelmann, Familienrecht, 1 o. *Staudingers Kommentar,* IV, 986). O Código Civil reputa-o assaz para a p6rda do pátrio poder (art. 395, III), no que fora acompanhado pelo Decreto nº 16.272, art. 49, V; mas o juiz pode não considerar acertada a sentença de *perda* (salvo no caso de crime que implique tal pena), e preferir a sus *pensão.* A intervenção *ob nequitiam patris* vem do direito romano, onde a L. 3, § 5, D., *de liberis exhibendis, itern ducendis,* 43, 30, esclarecia: *Etiamsi maxime autkm probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi PÍÍ quibusdam* continetur: *optinuit enim mater* oh *nequitiam patris, ut síne derninutione pat ride potestatis apud eam filius moretur.* Tirado em vernáculo: —Por mais que prove o pai que está sob o seu pátrio poder o filho, será, ainda assim, com conhecimento de causa, preferente a mãe para o reter, e isso se contém em decretos do divino Pio, porque logrou a mãe, por causa da maldade do pai, *ob nequitiam patris,* que o filho com ela morasse sem diminuição do pátrio poder.‖ Nos *Motive* (IV, 804), dizia-se que se deverá considerar perigoso o mau exemplo dos pais, ainda quando se não tivesse manifestado nenhuma imoralidade do menor. Nos *Protokolle* (IV, 625), assaz se estendeu o conceito de imoralidade do modo de proceder A doutrina recorreu ao § 1.568 do Código Civil (procedimento desonesto e imoral). Devemos considerar como exemplos: 1 - o alcoolismo, que é bastante desde que ponha em perigo o bem físico ou moral do menor (O. Opet, *Das i/erwandtschoftsrecht des* 808., 204, nota 89); II - o mau proceder, no que se refere às relações sexuais, desde que, com isso, se ponha em risco a moralidade e a criação do menor, como o concubinato repulsivo ou sem aparência de ligação para a vida, apreciadas as circunstâncias, a presença permanente ou passageira de prostitutas na residência da família (Decisão do Superior Tribunal de Dresda, 18 de junho de 1904; *Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeít,* VI, 23); III - se é certo que a direção religiosa do pai por si só não justifica a medida interventiva, contudo é possível a intervenção quando se trata de práticas condenáveis, ou de grosseiras superstições de camadas residuais da população, que possam ser tidas como ofensivas ou destoantes da saúde, da ordem e da moralidade pública (cf. na

Constituição de 1988, art. 59, VI; Constituição suíça, art. 50: —nos limites compatíveis com a ordem pública e os bons costumes‖; *Rechtsqefàhl und Begriff des Rechts,* 193). A exposição, enjeitamento ou abandono material é causa suficiente para a decretação da suspensão ou perda do pátrio poder (20 Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 25 de junho de 1915, *RD* 39/677-680). Aliás, no direito anterior, provinha do Alvará de 31 de janeiro de 1775 e a doutrina recorria, às vezes, à L. 2, C., *de infantibus expositis liberis,* 8, 51. Também é causa suficiente para a decretação da perda (50 Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de abril de 1924, *RISTF* 66/123) ou da suspensão do pátrio poder estar o pai fora do lar, em companhia de amásia, ou não, quando deixou, desde algum tempo, de prover à subsistência da família ou do filho. Outrossim, deixar o pai que o filho viva em companhia da mãe, concubinada com outro homem, se essa ou ele não cuida da educação e criação de tal filho (2ª

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 26 de outubro de 1920, *RD* 58/597). O pai, que não sustenta o filho, não pode alegar que a mãe do menor, que o sustenta, vive, permanentemente, com outrem. A 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 8 de abril de 1940, enunciou, peremptoriamente, que não tem idoneidade moral para ter sob sua guarda os filhos menores o pai que vive em concubinato com quem não é mãe dos menores *(RJE* IX/449); isso não basta se é separado judicialmente e o concubinato apresenta garantia para o menor, tanto que o filho ilegítimo, se acaso o há, tem de ser tratado por igual (Decreto-Lei nº 3.200. de 19 de abril de 1941, art. 15).

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo achou, *a priori,* que pratica ato contrário à moral e aos bons costumes *brasileiros,* perdendo, por isso mesmo, a guarda dos filhos, o cônjuge só separado judicialmente, que contrai novas núpcias no estrangeiro (Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de outubro de 1931, *RT* 80/483; 22 de maio de 1932, 83/109). E, com o *plus* da infração da lei civil brasileira, a tese do concubinato pressuposto suficiente para a figura dos maus costumes, mas a tese é errada, pois melhor é o concubinato que a pluralidade temporal de ligações e não há, na lei, o dever de castidade. Aliás, diante do art. 126 da Constituição de 1937, que tornou inconstitucional a legislação não-isonômica sobre filhos havidos da relação do casamento e fora dela, e do Decreto-Lei nº 4.737, de 27

de setembro de 1942, de valor interpretativo, que explicitou poderem os separados judicialm~nte reconhecer os filhos, a despeito do vinculo, a tese passou a ser obsoleta. Claro que o concubinato pode ser

caso, em série de atos, revelando maior imoralidade, ou associar-se a outros indícios de fraqueza moral, como a embriaguez (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 20 de novembro de 1929, *Ai* VIJI/47). Aliás, entendeup Tribunal de Justiça de São Paulo, a s.

5 de junho de 1925 *(RT* 55/105), que a embriaguez transitória não basta. Tudo aconselha a que se não formulem regras a respeito de causas *suficientes.* Há as circunstâncias, ainda pessoais, inclusive do menor, que podem fazer suficientes, ou nao, as causas apontadas. 7) Se o *menor tem bens suficientes para educação seleta e* o *pai descura de dar-lha:* certamente, o fato de preferir a escola pública ao estabelecimento particular é direito do pai, e não se justificaria a intervenção do juiz; mas será oportuna e justa se o faz por chicana, ganância, ou perversidade, pois então se caracteriza o *abuso* do direito de dirigir a educação (K. Cosack, *Lehrbuch,* II, 621). 8) *Se o lugar em que mora o titular do pátrio podes e.g.,* em companhia de filha devassa, não *convêm ao meno-* (Lei prussiana de 2 de julho de 1900), porque então pode o jiiz determinar que se crie e eduque em lugar mais próprio. Na Rússia, tal cuidado judicial não devia ir além dos dezoito anos (L?i de 1900, § 1; Lei de Introdução do Código Civil, art. 135); no Brasil, não há distinção; enquanto for menor o filho é autorizada a vigilância do Juiz da Infância e da Juventude. 9) *Se falta aptidão ao pai, ou à mãe, para gerir os bens do filho,* quando forem esses de muita impodância ou de difícil administraçao; *e.g.,* se o menor possui grande fortuna e é analfabeto o pai, ou, como se pr?vira no revogado § 1.687, inc. 3, do Código Civil alemão, a mãe não tem capacidade para os administrar, ou quando julgar acertado o juiz (Cari Crome, *Spstem,* IV, 531, nota 35). 10) Em certas circunstâncias, a própria inútil *diversidade de residências do pai e do filho* (sobre isso, jurisprudência alemã, em Mugdan e Fallnann, *Die Rechtsprechung* der *Qberlandesgerichte,* VI, 287 s.). 11)A *violência ou imposição de qualquer profissão, atividade,* ou *relações,* que não correspondam à vocação do filho (Th. Engeímann, Familienrecht, *i. v. Staudingers Kommentar.*

IV, 987). 12) *Eesarrazoada oposição a que o filho, ou filha, se case* (Mugdan e Falkmann, *Die Rechtsprechung der Qberlandsgerich te,* IX, 444). 13) *Se o pai adotivo, sem motivo justo, impede que o jilho tenha relações com o pai ou a mãe ou avós* (decisão do Trbunal Imperial Alemão, 12 de julho de 1906, *iuristische Wochenschrift,* 598; H.

Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* IV, 274). O pai adotivo está sujeito a todas as medidas do art. 394 aplicáwis ao pai consangUíneo, se fosse esse o titular do pátrio poder; deve-se, contudo, consignar em número especial o caso que acima se aponta, porque só a ele concerne. 14)

Condenação, por senfença irrecorrivel, em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão (art. 394, parágrafo único), salvo quando couber, como um dos efeitos da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado Sob o direito anterior, tal exceção dizia, respeito ao cabimento da ckcretação da *perda* do pátrio poder na hipótese de crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias.

Nesse caso, a suspensão era de *pleno direito;* nos outros, *facultativa,* isto é, dependente de arbítrio do Juiz da Infância e da Juventude. Efeito *anexo* da sentença. Lia-se no Código Penal, art. 71: —Durante o processo, é facultado ao juiz decretar a suspensão provisória do exercício do pátrio poder, da autoridade marital, da tutela, da curatela e da profissão ou atividade, desde que a interdição correspondente possa resultar da condenação. ‖

7.

Mãe. Tudo que ficou dito a respeito do pai é aplicável à mãe, quando exerce o pátrio poder, ou na parte que, ainda quando não no exerça, lhe cabe na criação, educação, cuidado, vigilância, sustento, guarda e convivência com o filho (art. 231), como um dos deveres de ambos os cônjuges, ou somente dela, por se tratar de filho de leito anterior (arts.. 329 e 248, 1).

8.

Aprecia ção *das circunstâncias.* Na apreciação das circunstâncias, é assaz importante a idade, bem como o grau de desenvolvimento intelectual do menor (Th. Engelmann, Familienrecht, *J. v.*

Staudingers Kommentar, IV, 986).

9.

Abuso do pátrio poder. O abuso do pátrio poder não é só a imoderação nos castigos, nem o abandono, nem a exploração, nem a maldade, nem a sugestão criminosa. Tais fatos bastariam à *perda* do pátrio poder Para a *suspensão,* exige-se muito menos. Basta que falte a um dos deveres paternqs: dirigir a criação e a educação; ter o menor na

sua companhia e guarda; representá-lo nos atos da vida civil, até os dezesseis anos, ou assisti-lo, após essa idade; reclamá-lo de quem legalmente os detenha; exigir que lhe preste obediência e respeito. Pai que descura a criação e a educação, isto é, que não cuida do desenvolvimento físico, moral e intelectual do filho, que não providencia quanto à medicação do menor, é pai que *pode* ser *suspenso* do pátrio poder. Pai que não tem em sua companhia o filho, que o não guarda, ainda que não o abandone e apenas o deixe entregue a si mesmo, sem vigiláncia e sem fiscalização, é pai a que o juiz deve impor situação que corrija os próprios defeitos dele. Pai que sabe achar-se injustamente preso, ou detido, ou violentado, ou por outra maneira ofendido em sua liberdade, o filho, ou a filha, é pai a que se deve suspender o pátrio poder. Pai que não tem força moral para exigir que o filho lhe preste obediência e respeito, é em bem dele, e do filho, que se há de decretar a suspensão. Basta que mal administre os bens do filho, que os dilapide, ou que os desvie, ou desvalorize, ou prejudique. Se o genitor não exerce de modo regular o pátrio poder, dá-se o *abuso do direito* (160, 1), e cabe, segundo os princípios, a intervenção do juiz.

s.

10.

Perda do pátrio poder. Mas, se a perda do pátrio poder éuma só e quem no perde fica em situação de quaisquer outras pessoas que o perdessem, não se dá o mesmo com a suspensão. Não há uma só figura, e sim muitas figuras de suspensão, desde a suspensão propriamente dita, que é como *perda temporária, até a* mínima, que é a conservação de todos os direitos e deveres, exceto *o* de dirigir a educação. Por isso o Código Civil, art. 394. *pr,* diz que o juiz pode —adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder‖, e a Lei n0 8.069, de 13 de julho de 1990, no art. 157, também estatui que

—havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.‖ Cumpre notar-se que tal arbítrio é o arbítrio judicial, que depende de exame das circunstâncias e da

adequabilidade das medidas. O juiz, escolhendo a medida, julga, como julgou, necessariamente, ao apreciar os fatos alegados e provados.

Quais são essas medidas, que o arbítrio do juiz pode impor?

§ 991. Medidas que o juiz pode tomar

1.

Evolução legislativa. As medidas do art. 394, como as dos §§ 1.666 e 1.667 do Código Civil alemão, são cometidas, em geral, ao arbítrio do juiz ou tribunal (Motive, IV, 805, em remissão ao Landrecht prussiano, II, 2, § 90, ao Código Civil saxônico, § 1.803, e á Lei de Vaimar, de 27 de março de 1872. § 16).

2.

Exemplificação. Podemos exemplificar: 1) Exortar, advertir, prevenir e, até ameaçar de medidas mais rigorosas o titular do pátrio poder (Th. Engelmann, Familienrecht, *J. v. .Staudingers Romnientar,* IV, 989). Então, pode o juiz ordenar o que se deve fazes daí em diante, e precisar os deveres e corretivos no procedimento do menor e do pai, inclusive quanto a morada provisória daquele, porém é essencial, para essas medidas mínimas, a audiência do pai, que se exorta ou adverte. 2) Determinar, depois de ouvidos o menor, o pai e o órgão do Ministério Público (se convier, os parentes) e apreciadas as circunstâncias, qual a profissão que convém ao menor (Alígemeines Landrecht, II, 2, § 108), a fim de que não colidam a vontade do pai e a do filho, com prejuízo desse (H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* IV, 269; Th. Engelmann, Familienrecht, J. *v.* Staudingers Kommentar, IV, 900), e resolver semelhantes controvérsias familiares quando se oponharn a religião do pai e a do fllho (cf. Jurisprudência, em *Jahrb.*

f.

Entsch. d. Kammerger., 20A, 251). 3) Internar em colégios, pensionatos ou institutos para educação mais apropriada, coercitiva ou correcional, os menores que disso precisem. As despesas correm por conta do pai, se tem o usufruto dos bens, ou, ainda que o não tenha, se assim decide o juiz. Np caso de necessidade, são entregues a asilos

ou institutos oficiais ou caritativos. 4) Vedar ao pai qualquer castigo ao filho e entregar a criação, ou a criação e a educação (que, rigorosamente, são inseparáveis), a terceiro, designado pelo juiz, segundo as regras da tutela, ou por meio de internação em colégio ou instituto profissional. Nos casos de pai que tem influência psiquica prejudicial ao filho (e.g., cria na criança sentimento de inferioridade, ou patriarcalismo, ainda que morta a mãe), o juiz pode determinar *modus vivendi.* 5) Dar a outrem (segundo as regras da tutela, ou da curatela) o direito de representação, ou de assistência, nos atos da vida civil (cf. jurisprudência, em *Entsch. in Angelegenheiten der freiwilligen* Gericbtsbarkeit, 11, 4), ou nomear quem cuide de certos bens (cura *bonorum).*

6) Nomear tutor *ad hoc* que defenda *e* reclame o menor. 7) Nomear tutor *ad hoc* que exija do menor a obediência e o respeito devidos aos pais e dele obtenha que preste aos pais os serviços próprios da sua idade e situação. 8) Separar, por motivo de higiene e profilaxia, pai e filho, a fim de que se não dê a transmissão de doenças, ou de maus hábitos (jogo, por exemplo) a esse. 9) Regular as relações pessoais entre os pais e o filho. O direito de tratar e ter relações pessoais com o menor é emanação do *direito de parentesco, e* não do *pátrio poder;* permanece, portanto, com o pai, ou com a mãe, a que se suspendeu ou definitivamente se tirou o pátrio poder (cf. jurisprudência, em *Entsch. in Angele* genheíten der Jreituilligen Gerichtsbarkeít, XI, 254, Die *Rechtsprechung der Qberlandesgerichte,* 24, 26; contra: ThKipp, *Lehrbuch des búrqerlichen Rechts,* II, parte 2ª, § 83, nota 15). Mas, se não é possível acordo entre o novo representante do menor e o titular do pátrio poder, têm-se de regular as relações entre esse e o menor (Th.

Engelmann, Familienrecht, *J. v. Staudin* gers Kommentar, IV, 992). No caso de doença transmissível e perigosa, pode o juiz, que intervier, prescrever as cautelas ou proibições que entender. 10) Ordenar relação, inventário, balanço, ou avaliação dos bens (G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* IV, 422; Th. Engelmann, Familienrecht, *J~* o. *Staudingers Kommentar,* IV, 996), dentro de certo prazo; ou que se complete o inventário anterior (Th. Engelrnann, Familienrecht, J. *o. Staudingers Kom* mentor, IV, 997). 11) Dispor que as vendas sejam em *praça* do Juízo, e não em *leilão.* 12) Exigir contas da administração, imediatamente, dentro de certo prazo, ou em períodos marcados.

13)

Separar parte das rendas do menor para compensar desvalorização dos bens. 14) Exigir garantia *(Motive,* IV, 744 e 810) pela administração

dos bens do menor. As despesas correm por conta do pai. Mas tal segurança só se s.

autoriza quando não forem eficazes outras medidas e não entenda o juiz tirar a administração dos bens. 15) Em geral, qualquer providência, ou ato, que o juiz poderia impor aos tutores, como a conversão de títulos, a compra de imóveis ou apólices da dívida pública. 16) Ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por sofrerern de qualquer doença física ou mental. 17) Pôr o menor àdisposição do Juízo da Infância e da Juventude, a fim de que fique sob a sua assistência, proteção, defesa, processo ou julgamento, se houver Juízo privativo. 18) Autorizar exame médico e tratamento dos menores. 19) Permitir matrículas e inscrição de exames nos cursos de ensino fundamental e médio, bem como separar as quantias destinadas a tais despesas. 20) Suspender todos os direitos e a efetividade do pátrio poder, mas conservar o direito de o pai representar ou assistir ao filho, — o que é possível teoricamente; mas, na prática, de nenhum valor (Eh. Engelmann, Famílienrecht, £ *v.* .*Staudingers Rommentar,* IV, 991, *c).* 21) Decretar a suspensão do usufruto e da administração dos bens (Código Civil italiano, art.

334), no todo, ou em parte. Por exemplo: se o pai prejudicou os bens do filho e parece conveniente, com as rendas, reformar prédios ou repor quantias dilapidadas. 22) Privar o genitor da administração dos bens do filho, mas conservar-lhe o usufruto legal (Corte de Florença, 5 de julho de 1894). Assim dispunham as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 9, § 4. 23) Ordenar que as vendas se façam em praça ou por leiloeiro designado pelo juiz, ou com a assistência de curador *ad hoc.* 24) Fixar épocas para os inventários e as contas dos pais (no Código Civil alemão.

estatuiuo o § 1.667, 2ª alínea). 25) Regular as visitas dos parentes do menor. *E.g.,* visitas à avó, ou da avó ao menor (5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1948, *RT* 187/892: —O réu apega-se aos seus direitos de pátrio poder; cobre-se com o manto protetor dos incs. 1 e II do *art.* 384 do Código Civil, e, com isso, pretende caber-lhe discricionariamente (1) decidir dos destinos de sua filha e negar a autora os direitos naturais de manter com a sua única neta relações afetivas, o direito de vê-la e de tê-la por alguns instantes. Ora, tal atitude de um pai constitui evidentemente abuso do direito de pátrio poder‖; 7ª Câmara, 13 de julho de 1951, 205/528: —O direito de visita aos netos decorre da própria organização da família, sendo seus fundamentos a solidariedade de seus membros para a qual

concorrem em grande parte a convivência mais ou menos intensa e também as obrigações impostas pela lei, como as a que se referem os arts.. 396 e 398 do Código Civil. Repugna ao direito não tenham os avós senão obrigações e encargos, como o de prestação de alimentos aos descendentes. Na organização da família, os direitos e deveres são em regra recíprocos e nem poderia deixar de ser assim, em virtude da solidariedade, que deve ser mantida de forma mais intensa, segundo os graus de parentesco‖; T Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9 de outubro de 1951, *Ad* 102/102: —Bem decidiu a sentença apelada julgando procedente a ação, para o fim de assegurar ao apelado o direito de ser visitado pela sua neta, menor de sete anos, filha da apelante, sua nora, e tê-la em sua companhia durante quinze dias todos os anos, depois de atingida a idade escolar. A pretensão do apelado, deferida pela sentença de primeira instância, contrariamente âquilo que sustenta a apelante, encontra apoio no direito e tem a ampará-la a jurisprudência deste Tribunal, posto que inexista expressa disposição de lei, por isso que o direito do avô de ser visitado pelo neto menor e tê-lo periódica e temporariamente em sua companhia, corresponde à contraprestação de uma obrigação, que embora originariamente se funde, na moral e na doutrina, o direito transformou em obrigação jurídica‖). 26) Determinar que a venda de imóveis do menor seja em hasta pública (34 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de novembro de 1946, *RT* 165/317).

27)

Nomear curador especial, em caso de ato jurídico para cuja prática *o* titular do pátrio poder se recuse (2 ~

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de setembro de 1950, *RT* 189/769; 34 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1935, 106/126: —É cedo, porém, que o juiz não precisava, para tomar a providência acauteladora do art. 387 do Código Civil, ter prova cabal de que o inventariante pretendia lesar a filha menor. A simples suspeita, levantada pelo agravado, era bastante, máxime em se tratando de uma herança avultada, para impor ao juiz um procedimento cauteloso‖). 28) Chamá-lo a prestação de contas (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1947, *RT* 169/184: —Desde que o pai, para a adminisfração dos bens do filho, lançou mão de dinheiro pertencente a este, está sujeito à prestação de contas.‖). 29) Suspender, inteiramente, o pátrio poder. E a máxima medida do art. 394. No direito alemão, não se expressou na lei, mas reputou-se incluida no § 1.666, alínea 1ª, 1ª parte, onde se falou de —medidas necessárias‖. No Brasil, estaria implícita na expressão —medida que lhe pareça reclamada pela

segurança do menor e seus haveres‖, mas o legislador quis referi-la expressamente: —suspendendo até, quando convenha, o pátio poder‖. Contudo, suspensão total é lapso na existência do pátrio poder; só se distingue da perda do pátrio poder em que não há, na suspensão, por definição mesma, a definitividade, que há na perda do pátrio poder: espera-se que o prazo acabe, ou que a condição se dê, para que o pátrio poder volte. Conceptual e tecnicamente, a suspensão não-total só atinge o exercício, porque, se algo fica, o pátrio poder persiste, apenas restringido, pela decisão judicial, em seu exercício. São as medidas a que se refere o art. 394, fora da perda (art. 395) e da suspensão total (art. 394, *verbis* —suspendendo até‖).

3.

Elaboração do art. 394. No Projeto primitivo, dizia o art. 462: —Se o pai ou mãe abusa do pátrio poder por violação ou negligência dos seus deveres, ou por uma ruinosa administração dos bens do filho, o juiz pode, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, tomar qualquer medida que lhe pareça necessária para garantia da pessoa ou dos bens do mesmo filho, inclusive suspensão do pátrio poder.‖ A única alteração de forma digna de nota foi a de Rui Barbosa~ no Senado Federal, em 1902 *(Parecer,* art. 401): —Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, s.

suspendendo, até, quando convenha, o pátio poder.‖ As vírgulas últimas são significativas. Não se trata, pois, de suspender, até *quando convenha,* o pátrio poder, mas de suspender, *até,* quando convenha, o pátrio poder.

Certamente, toda suspensão significa possibilidade de volta; porém o que está escrito na lei é que o juiz pode usar da medida que lhe pareça conveniente e, *até,* da suspensão propriamente dita, completa, do pátrio poder. Essa é a medida *máxima,* antes da qual está toda a gama das providências corretivas, suplementares ou complementares, restritivas ou preventivas, que o juiz pode reputar acertadas.

4.

Arbítrio do juiz. A espécie de medida, dizia C. Planck *(Búrgerliches Gesetzbuch,* IV, 420), está no arbítrio do juiz ou tribunal: adota ele a medida que reputa necessária para afastar o perigo; mas não deve ir além do que a *necessidade* exige (CarI Crome, *5v~* tem, IV, 540, nota 52). Pode ser imposta uma ou impostas duas ou mais de duas medidas, acompanhadas, ou não, da privação do *usufruto,* ou da *administração dos bens,* ou de *ambos;* ou somente uma dessas duas, ou ambas, sem nenhuma das outras medidas (Th. Engelmann, Familienrecht, *i.* ix *Staudingers Kommentar,* IV, 992; *Entsch. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,* VIII, 87; decisão do Supremo Tribunal bávaro, *Sammlung,* II, 355; *Protokolle,* IV, 635).

5.

Suspensão total. Se o juiz tira o cuidar da pessoa, a administração dos bens e o usufruto, se bem que não no diga a lei, está excluído, *tacitamen* te, todo o pátrio poder, — figura que, a despeito do que escreve O. Opet *(Das Verwandtschaftsrecht des BGB.,* 217, nota 96), é conhecida no direito alemão *(Rechtsprecl-zung der Oberlandesgerichte,* VI, 170, e VII, 418). No direito brasileiro, a lei é expressa: pode ser suspenso, inteiramente, o pátrio poder (suspensão total).

6.

Tutor ad hoc. No sistema da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 157, antes da decisão, deve o juiz ouvir o Ministério Público sobre o —motivo grave‖ passível de conduzir à suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, No sistema do Código de Processo Civil, que se há observar se a criança ou o adolescente não está em situação subsumida à Lei nº 8.069, art. 98, 1-111, antes da decisão deve o juiz ouvir os pais, os parentes e o próprio menor, salvo se não for possível interrogá-los, ou se a demora puder prejudicar, ou, ainda, se não forem desproporcionadas as despesas (assim, *e.g.,* estatuiu-se no Código Civil alemão, § 1.673); porém são dispensáveis tais depoimentos quando *se* trate de exortações, advertências, avisos ou ameaças do Juízo etc. Nesse sistema é preciso, para medidas não simplesmente exortativas ou advedentes, a *ação ordinária,* quer se trate de suspensão de todo quer de parte do pátrio poder. Poderia, então, o juiz nomear tutor *ad* Mc, ou curador, para que examinasse a situação entre pai e filho, ou satisfazer-se com o ofício do órgáo do Ministério Público. Mas o Código de Processo Civil, arts.. 99, 1, 2ª parte, e 82, 1, exige a função dos dois.

7.

Tempo e extensão *subjetiva da medida.* O juiz da infância e da juventude pode aplicar alguma, ou diferentes, ou todas as medidas do art. 394 (Lei nº 8.069, arts.. 24 e 155-163), como poderia decidir pela perda do pátrio poder,

— ainda que noutro Juízo, ou no especializado e exclusivo da infância e da juventude, se discuta a posse ou direito de ter os filhos, entre os cônjuges, ou entre o titular do pátrio poder e terceiro (Th. Engelmann, Familienrecht, *J. v.*

Staudingers Kommentar, IV, 993). As medidas do art. 394 são aplicáveis, não àqueles que exercem ou pretendem exercer, *de direito,* o pátrio poder, como também àqueles que têm mero cuidado *de facto,* isto é, não-regularizada -

mas efetiva criação e educação dos filhos *(Entsch.* in *A. der Jreiwilligen Gerichtsbarkeit,* 11, 5); porém contra terceiros não seria possível invocar-se o art. 394, ou o art. 395.

§ 992. Perda do pátrio poder

1.

Novas núpcias da mãe. Diversamentnºdo que ocorria sob o direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, *art.* 1ª, VI, a mãe, que contrai novas núpcias, não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido (art. 393; art. 248: —A mulher casada pode livremente: 1 -

Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior‖), e só podem ser-lhe retirados, os filhos, mandando o juiz, depois de se provar que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente.

s.

2.

Código Civil, arts. 393 e 395. Lia-se no art. 393: —A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito antenor, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.

Procurou-se atribuir à mãe bínuba o usufruto dos bens do filho (2ª Câmara do Tribúnal de Apelação do Rio Grande do Sul, 19 de julho de 1944, *RT* 153/654, aliás acórdão cheio de graves incorreções: e.g., a lei não restringe a capacidade da mulher remaridada sobre a pessoa e bens dos filhos do leito anterior quando ... se reintegrou no exercício do pátrio poder, em virtude de expressa autorização do marido‖, como se a bínuba pudesse voltar ao pátrio poder dos filhos do leito anterior, se o permite o segundo marido: ainda mais: —esse usufruto, compensatório dos encargos que a guarda do menor acarreta, tanto mais deve ser atribuído à bínuba, se o marido expressamente conveio na conservação do pátrio poder sobre o filho que a mulher trouxe do precedente matrimônio‖). O usufruto advém do exercício do pátrio poder.

No art. 602 do Código de Processo Civil, disse-se: —Se a viúva, que tiver filhos menores, convolar a segundas núpcias, o oficial do Registro Civil, sob pena de multa de cinqúenta a duzentos cruzeiros‖ (= Cr$ 50,00 a Cr$ 200,00)

—remeterá certidão do termo do casamento ao juiz competente, que mandará notificar o tutor legitimo. ou, à falta, nomeará pessoa idônea para assumir a tutela‖.

No art. 395 diz-se: —Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: 1 - Que castigar imoderadamente o filho. II

- Que o deixar em abandono. III - Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.‖ Seria iníquo que se conservasse, sob o poder de pai violento e brutal, o filho, que ele aflige com excessivos castigos e maus tratos (cuja imoderação fica ao exame do juiz apreciar), requerendo-o algum parente, ou o menor, ou o Ministério Público, ou, se as circunstâncias lho sugerem, ainda de oficio. Já no Digesto se dispunha em relação aos pais impiedosos: *quem pater mole contra*

pietatem adficiebat (L. 5, D., *si a parente quis nianumíssus sit,* 37. 12).

Nos casos dos incs. li e III, deve o juiz decretar a perda: a) explicitamente, quando tiver provas das infrações respectivas,explicitando que o pai ou a mãe decaiu do pátrio poder; *b)* implicitamente: *a)* quando, em cumprimento de sentença contra o pai ou a mãe por atos imorais e ofensivos dos bons costumes, der tutor ao menor; *b)* quando nomear tutor ao menor abandonado; *c)* quando recolher o menor abandonado a estabelecimentos educacionais a tal fim destinados.

A entrega do filho a terceiro, com promessa de não no reclamar, quer pelo pai, quer pela mãe, é inexistente como ato jurídico (= não entra no mundo jurídico). Nenhuma restrição produz ao pátrio poder, ou à guarda do filho (2e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de dezembro de 1943, *RT* 149/ 657). Mas é, no plano da prova, elemento para se julgar da situação material ou moral do pai ou da mãe, na aplicação do Código Civil, arts. 394 e 395, ou da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, ais. 13 e 14. A 1C Câmara, a 2 de março de 1942 (138/215), decidiu que

—não caracteriza abandono, que justifique a perda do pátrio poder, a circunstância de haver o pai permitido que o menor viva, ora na companhia da mãe, ora, com o consentimento do outro cônji,ge e por mais tempo, na de tios, sem que haja sofrido privações‖; e a 3ª Câmara, a 26 de setembro de 1939 (124/167): —Não constitui motivo bastante para a destituição do pátio poder a falta de remessa de dinheiro, de Portugal para o Brasil, pelo pai que lá continuou a residir, sendo a mãe, que para aqui se mudou com o filho depois do seu divórcio, pessoa de fortuna; também a falta de visitas não cort4titui igual fundamento, pois que, morando o pai no estrangeiro, não se pode exigir devesse, para tal, realizar viagem transatlântica.‖ A vida irregular do genitor há de ser apreciada no que pode influir no menor (Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Paraná, 2 de dezembro de 1949, *PJ* 51/233: —No caso, à embargante se atribui uma só união ilícita, de que lhe resultou um filho, mas já inexistente ao tempo da sentença. Não é acusada de outra falta qualquer, sendo, ademais, inteiramente favoráveis ao seu procedimento as provas colhidas. Não há, portanto, nenhum desregramento de conduta. em termos de comprometer a formação moral de sua filha, cujo afastamento do convivio materno poder-lhe-á ser mais pernicioso do que a só circunstância de haver sua mãe concebido fora do casamento o irmão que lhe deu. Porque tal fato, em verdade, não lhe poderá ser estranho,

permaneça ela sob o pátrio poder, ou não. Ademais, se a lei admite o reconhecimento dos filhos ilegítimos, colocando os direitos destes no mesmo plano dos legítimos, seria por demais iníquo impor-se à mulher viúva e desimpedida a grave pena de privação do pátrio poder, por se haver tornado novamente mãe, em conseqüência de união, não legitimada pelo casamento, com homem igualmente desimpedido. A maternidade ilegítima, tão-só, não deve acarretar semelhante pena. Mister que resulte de conduta desregrada, da amoralidade permanente e reiterada, reveladora de costumes dissolutos, que, isso sim, poderá ocasionar, pela convivência, reflexos maléficos sobre o futuro dos filhos‖; V Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 24 de março de 1953, *Ri* 111/149: —Há concubinários que pautam sua vida em comum pelas regras de decência e do respeito; enquanto cônjuges existem que maculam o liame de casamento com procedimento amoral. Eis por que a presunção de moralidade da situação legal, e a de imoralidade da ligação ilegal, cedem àprova em contrário. Em regra, não é a imoralidade que conduz os seres humanos ao concubinato, nem esse é procurado como meio de devassidão. Ás mais das vezes por ele são s.

responsáveis as leis ditadas pelos homens contrariando o império das leis naturais. Haja visto a indissolubilidade do vinculo matrimonial estabelecido como norma constitucional. São comuns as ligações à margem do casamento, que assumem a feição de um semimatrimônio; como, em contrário, não são raros os casos de cônjuges que mantêm vida libertina. Aliás, na própria família dos contendores deste feito, verificou-se a hipótese primeira, sendo apontados os concubinários como exemplos de moralidade e virtude. O fundamento do pedido, de parte o abandono do menor, não configurado, é o concubinato de sua mãe, fato realmente à margem da moral comum, tão variável no espaço e no tempo, mas por si só não bastante para autorizar a destituição pretendida. Não levam os concubinários vida dissoluta, aviltante da moral, e sim recatada, normal, como se casados fossem‖). Os atos reprováveis hão de ser contemporâneos ao pedido de destituição (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de abril de 1942, *RT*

138/203).

Perda do pátrio poder somente há se o juiz a decretou. Se nomeou tutor, sem sentença de condenação à perda do pátrio poder, obrou contra a lei. A sentença de perda do pátrio poder é *constitutiva negativa* e exige rito processual ordinário, salvo o procedimento a que a Lei nº 8.069,

de 13 de julho de 1990, arts. 155-163, se reporta e que se aplica

—quando‖, diz a Lei nº 8.069, art. 148, parágrafo único, —se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98‖.

Tal condenação é implícita na sentença que, *e.g.,* nomeia tutor ao menor abandonado a que se refere o art. 395, 11, do Código Civil.

3.

Bem do filho. A perda é imposta no interesse do filho. Se, com a decretação, há prejuízo para o filho, o que o juiz deve antes verificar a medida há de ser alguma outra, que afaste a influência, ou a maldade do pai *sem* prejuízo ao menor. E preciso não se ir mais longe do que o aconselha o bem do filho (Otto Warneyer, *Kommentar,* II, 819).

4. *Retirada total dos direitos.* E possível tirar-se ao pai qualquer direito, inclusive o de representação legal ou de assistência legal ao filho (art. 384, V), sem que isso signifique perda do pátrio poder. Perda somente se dá quando *nenhum* direito, elemento do pátrio poder (não oriundo apenas da qualidade de pai), resta ao que foi destituído; e de modo definitivo.

5. *Passagem do pátrio poder ou de alguns elementos.* Tirando o pátrio poder, ou alguns dos seus elementos, inclusive o direito de educas ao pai, passa à mãe, ainda que viva na mesma casa, ou esteja separada judicialmente, salvo se a ela também se tirou. Em verdade, não se transfere: cessa num; noutro nasce. Os direitos paternos são próprios e intransferíveis

6.O *juiz* dos *arts. 10-14 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.* O juiz, a que se referem os arts. 10-14 da Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, não tem poder para tirar aos pais elementos do pátrio poder (além dos *Motive,* IV, 626, de Theodor Engelmann, de Unzner e de mais comentadores, — H. Neumann, *Handavsgabe des BGB.,* 5ª ed., nota 4 ao § 1.635; W. E. Knitschky, *Das Rechtsverhãltniss zwischen Eltern* ti. *Kindern,* 155, nota 1; E Nõthling, *Die Wirkungen des Ehescheidung,* 48; contra, M. Lizius, *Kin der aus geschiedenen Ehen,* 43-45; a favor, Oskar Anton Wolff, *Das Recht des*

geschiedenen Mutter nach dem deutschen BGB., 38 e 39). Trata-se, aí, de —companhia‖, ou

—guarda‖, e não de pátrio poder, direito de educar etc. (XV. E. Knitschky, *Das Rechtsverhãltniss zwischen Eltern und Kindern,* 155, nota 1; E Nõthling, *Die Wirkungen der Ehescheidung,* 48). Nenhuma decisão, fora do Código Civil, arts. 394 e 395, ou da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 24, 2e parte (verbo:

—descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22‖), pode atingir o pátrio poder ou algum dos seus elementos. Se o menor já se acha sob tutela, a decisão do juiz dos mis. 10-14 não pode modificar os poderes do tutor, sujeito a outra jurisdição.

7. *Adoção.* Também perde o pai, ou a mãe, o pátrio poder quando alguma pessoa adota o filho, pois que, em tal espécie, o pátrio poder acaba ao pai ou à mãe do filho que outrem adota e nasce para o pai ou para a mãe que adotam.

Na técnica da lei, o pátrio poder cessa, pois o art. 392, IV, incluiu entre os casos de *extinção* do pátrio poder a hipótese da *adoção,* que, no entanto, conforme o disposto no art. 378, —transferiria‖ o pátio poder ao adotante. O

Projeto primitivo (art. 459) não tinha a mesma terminologia. A contradição se não produz efeitos graves, afeia, pelo menos, o texto da lei. Como quase sempre, deve-o o Código Civil à influência perscrutadora da Comissão Revisora de 1900 (Projeto revisto, art. 481). Uma vez que se trata de proposições discordantes antagônicas, de mera *inelegan tia itiris,* temos de atender ao art. 392, IV, do Código Civil, que não pode ser alterado por enunciação esporádica e verdadeiramente antijurídica. *Quod contra rationern iv ris receptum (vel constitutum) est, non est producendum ad consequen tias.* A adoção exsurge, não se *suspende* o pátrio poder. Não ═volta‖ a tê-lo o pai, ou a mãe, quando morre o adotante ou a adotante do filho. Os laços naturais persistem, porque esses nunca se extinguiram, nem se suspende-s.

ram. Que a adoção não —adormece‖, e sim —mata‖ as relações do pátrio poder entre pai e filho, — di-lo o próprio Código Civil, no art. 392, IV. Assim, também, disse o § 1.765 do Código Civil alemão. No momento da adoção, cria-se no adotante o pátrio poder e acaba no pai, ou na mãe, que o tinha. Se tutelado o menor, cessa a tutela; se

curatelado, exsurge nova curadoria. Mas, se o adotado é filho de quem somente tenha o direito de o ter consigo, a adoção não destrói esse direito; porque, ainda em casos de pátrio poder atribuido ao pai e de guarda conferida à mãe (como nos casos de separação judicial), é possível a existência separada da *patria patestas* e do direito de companhia (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 13; Código Civil, art. 394). Depois da adoção, quaisquer ações do pai ou da mãe, relativas, por exemplo, à comunicação pessoal com o menor (direito de visita), não podem ser fundadas no pátrio poder, e sim no simples parentesco (CarI Crome, Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getre~ntleben der Ehegatten, *Das Recht,* 12, 46). No caso de discordância ou plena oposição do adotante, cabe ao juiz apreciar e decidir. Também contra o adotante pode ser invocado, pelo pai ou mãe de sangue, bem como pelo Ministério Público, o art. 394 do Código Civil. Acaba, pois, com o pátrio poder do adotante, o pátrio pode~r do pai ou da mãe, porém não o que *existia* independentemente da *patria potestas,* como o direito de ter consigo o filho e o de visita (Th. Engelmann, *J. v. Staudingers Nomrnentar,* IV, 1.198), porque a adoção não fere de morte as relações fundadas no parentesco (G. Kuttne~ Die Adoption des unehelichen Kindes, *Jherings Jahrbúcher,* 47, 65); e nos *Motivos* assim se dizia *(Motive,* IV, 991).

O pai ou a mãe de sangue deve e tem o direito de cuidar dos filhos quando cessa, ainda menos a adoção, ou quando foi tirado ou suspenso ou modificado ao adotante o pátrio poder. E como a água que está prestes a encher todo o lugar vazio que se lhe deixe. (Virou-se ao pai adotivo, na aplicação do art. 394, o cuidar da pessoa do menor? Deve substitui-lo em tal direito e dever o pai ou a mãe de sangue. ~Suspendeu-se, integralmente, o pátrio poder? Venha, com as relações do parentesco, o zelo do pai ou da mãe. ~Perdeu-o, por sentença, o adotante? Alguém há de velar e pode ser o pai ou a mãe do menor. Certamente providenciará, na sentença, o juiz, quando modificar, suspender ou decretar perdido o pátrio poder; mas, se o não faz (o que não é regular), cabe ao pai ou à mãe de sangue diligenciar em favor do menor e dos seus bens. Porém não tem o direito de representação legal (Th. Engelmann, *i. v. Staudingers Komrnentar,* IV, 1.197). Pode, sim, ser nomeado tutor o pai ou a mãe de sangue, e os seus atos serão regidos pelas regras que são relativas à tutela, e não ao pátrio poder. Morto o adotante, interdito, excluído ou suspenso do pátrio poder, atingido por uma ou mais de uma das medidas do art. 394 do Código Civil, — o pai ou a mãe de sangue não no representa.

Se procedermos à análise das relações, verificamos que todos os atos que pratica, fora dos direitos decorrentes da relação do parentesco, são de mera *tutoria putativa.* Não valem como atos de tutor, porém, como de alguém que, sem ser tutor, os praticou como tal. Pode ser nomeado tutor, — não no é (CarI Crome, Systern, IV, 583, nota 10).

§ 993. Extinção do pátrio poder

1.

Código Civil, art. 392. Lê-se no Código Civil, art. 392: —Extingue-se o pátrio poder: 1 - Pela morte dos pais ou do filho. II - Pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9ª Parte Geral. III - Pela maioridade. IV -

Pela adoção.‖ Todavia não é exaustiva regra legal. (Em vez de —parágrafo único‖, leia-se, hoje, § 1ª.) 2.

Casos. Extingue-se o pátrio poder: a) Pela morte de ambos os pais, quando se trata de filho havido da relação do casamento, ou reconhecido por ambos os genitores. *b)* Pela morte do pai ou da mãe, quando só um deles haja reconhecido o filho. c) Pela morte do cônjuge de boa-fé, quando, sendo declarado putativo o casamento somente em favor desse cônjuge, só a ele competir o pátrio poder. *d)* Pela morte do pai e mãe adotivos, quando o menor éadotado de ambos os cônjuges, ainda que os pais estejam vivos. O menor adotado, que não foi reconhecido, depois, por nenhum dos pais, ou que o foi por um só ao morrer, fica livre do pátrio poder logo que faleça o adotante ou os pais adotantes. *e)* Pela morte do único adotante, ainda se há os pais. fl Pelo falecimento do filho. O Código Civil, art. 392, diz apenas: —Extingue-se o pátrio poder pela morte dos pais ou do filho.‖ Tal disposição seria bastante ao tempo em que escreveu Lafaiete Rodrigues Pereira, que assim se exprimiu, porque então o pátrio poder era exclusivo do pai e apenas recaía sobre os filhos nascidos de justas núpcias e os legitimados por matrimônio subsequente, uma vez que ele considerava extinto, por obsoleto, o instituto da adoção. Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 476) também reproduzia as mesmas expressões insuficientes: —pela morte do pai e da mãe‖. Atendendo a que essa forma lacônica pode gerar dúvidas, miudeamos os casos de extinção do pátrio poder, completando a regra do Código com o seu próprio sistemà (arts. 392,1, e 379). g) Quando o menor atinge a

maioridade, porquanto aos vinte e um anos completos fica habilitado o individuo para todos os atos da vida civil (arts. 99 e 392, III). 14 Quando se suplementa a idade do menor, ou, com homologação sentencia!, por concessão dos pais (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 89), ou, se ambos faltam, por sentença do Juiz da lnfãtcia e da Juventude (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, s.

art. 148, parágrfo único, *e)),* ouvido o tutor, se o menor tem dezoito anos feitos (arts. 392, II. e 99, § 1º 1). *i)* Quando se casa válida ou putativamente o menor, pois que o casamento implica suplementação de idade e, pois, terminação.

j) Pelo exercicio de emprego público efetivo. *k)* Pela colação de grau cientifico em curso de ensino superior. ~Trata-se de *qualquer* escola superior? Pensamos que a lei se refere apenas a estabelecimentos oficiais, ou, pelo menos, reconhecidos pelo Governo Federal. Se o Governo nega registro de carta de bacharel, ou médico, nos tribunais, ou na repartição de Saúde Pública, ou noutra repartição quando o diploma não procede de faculdade idônea, é lógico que esse diploma não basta para produzir o efeito civil da *venha cetatis* ou suplemento de idade. *1)* Pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

Acima figuramos as espécies em que, após a morte do pai adotivo, ou da mãe adotiva, com pátrio poder, o menor seja reconhecido pelo pai, ou pela mãe, ou por ambos. Tal pai, ou tal mãe, que reconhece o filho após a morte do titular do pátrio poder, tem o pátrio poder, *ipso iure.* Não se lhe extinguiu o pátrio poder, por efeito da adoção, não no tinha. Ao reconhecer o filho, o pai adquire-o, e não no adquiriria se vivo fosse o adotante porque o adotante o tinha. A situação não é a mesma se já morto, ou não, o adotante ou já morto, ou não, os adotantes.

3.

Renúncia. O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm, não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição; porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. E será nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa a renúncia.

No Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (antigo Código de Menores), havia o art. 46, que dizia: —Quando associações ou institutos regularmente autorizados ou particulares, no uso e gozo dos seus direitos civis, tiverem aceitado o encargo de menores de 18 anos abaixo, que lhes tenham sido confiados pelos pais, mãe ou tutores, o juiz ou tribunal do domicilio destes pode, a requerimento das partes interessadas e de comum acordo, decidir que em benefício do menor sejam delegados os direitos do pátrio poder e entregue o exercício desses direitos á administração do estabelecimento ou ao particular guarda do menor.‖ Primeiramente, não se podia pensar em que esse art. 46 se pudesse referir a outros menores que aos expostos e aos abandonados. Em segundo lugar, ainda quanto a expostos e abandonados, o que se delegava era —elemento‖ do exercício e não o próprio pátrio poder. A associação ou instituto tinha poderes que correspondiam, em parte, aos contidos no pátrio poder. Era algo entre a tutela e o pátrio poder, porém mais tutela do que pátrio poder Se o poder de que cogita *o* art. 384, V, tem de ser exercido em negócio jurídico para o qual se precisaria, se estivesse sob pátrio poder o menor, ou sob tutela, de autorização judicial (arts.

386 e 427), tem o juiz de nomear tutor. A chamada —delegação‖ era pelo juiz, e de modo nenhum fazia cessar o pátrio poder do pai, ou mãe, que o tivesse.

A instituição podia ter alguns dos poderes que compõem o pátrio poder, ou a tutela; não tinha o pátrio poder, ou a tutela. Por influência da legislação francesa do começo do século passado e da legislação prussiana, admitiu-se que à instituição se delegassem poderes: assumia ela deveres e adquiria direitos. Melhor seria, na traça do modelo, ter-se falado de diretoria ou presidência da associação. Se a instituição se fazia tutora, ou se somente estava na situação do art. 46 do Decreto n0 17.943-A, era questão de fato: tutor somente se é quando há nomeação e as demais formalidades. De modo que a figura do art. 46 era de quase-tutela, e não de tutela. Para que se desse a tutela, havia de ser nomeado o diretor da instituição, ou algum dos diretores, como pessoa física, e não como órgão da instituição.

O apoderamento institucional suspendia-se e perdia-se nos mesmos casos que a tutela. Cessava com o pátrio poder ou a nomeação do tutor

O sistema jurídico brasileiro não tem a tutela oficial.

No art. 38, dissera o Decreto nº 17.943-A: —A suspensão ou a perda do pátrio poder abrange o pai e a mãe, se os dois vivem juntos, ainda no caso de um só deles ter sido julgado indigno do exercício do pátrio poder O cônjuge inocente, porém, deixando de viver em companhia do cônjuge indigno, por desquite, ou por morte deste, pode reclamar a restituição do pátrio poder, de que foi destituído sem culpa, desde que prove achar-se em condições morais e econômicas de prover à manutenção e educação dos filhos.‘ O art. 38 devia ser interpretado como sendo regra a contagiação da imoralidade, porém não se havia de privar do pátrio poder a mãe, que se não separara judicialmente, nem divorciara, se a causa da suspensão ou perda não era contagiante *(e.g.,* o pai foi destituído do pátrio poder por ser jogador, ou por algum crime, de que não tivesse Consequências o outro cônjuge). No art. 39, acrescentara o Decreto nº 17.943-A: —Se os cônjuges não viverem juntos, os poderes do pai poderão passar a serem exercidos pela mãe, quando estiver em condições econômicas e morais de prover à manutenção e educação do filho.‖ Havia situações entre os cônjuges que equivaliam a não residirem juntos, inclusive pela impermeabilidade da mulher à imoralidade ou s.

criminalidade do marido. O juiz tinha de examinar a situação, sem dar às regras jurídicas dos arts.. 38 e 39

interpretação literal.

Diz o art. 92, parágrafo único, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: —O dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.‖ Obriga-se, segundo a Lei nº 8.069, art. 33, pr, à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, e tem —o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais

No art. 93, diz a Lei nº 8.069: —As entidades que mantenham programas de abrigo poderão, em caráter excepcional e de urgência, abrigar crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoriadde competente, fazendo comunicação do fato até 20 dia útil imediato.‖ Tais entidades, governamentais e não-governamentais, submetem-se à fiscalização pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares. A omissão na obrigação de comunicar é irregularidade que se apura e se pune segundo a Lei nº 8.069, arts. 191-193. As reiterações da infração podem levar à suspensão de suas atividades ou à dissolução mesma da entidade.

Capitulo II

Adoção

§ 994. Natureza jurídica e histórica da adoção

1.

Definição. Adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação. *Adoptio* eM octus *Iegitirnus, quo quis* sibi *filium* Jacit *quem non genernuit* (Durand de Mailiane, *Droit Canonique,* 1, 519). Trata-se, pois, de atribuição da condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, com o desligamento de qualquer vínculo paternal, maternal e parental, salvo os impedimentos matrimoniais (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 41, pr., Código Civil, art. 183, III e V). Já os antigos povos a possuíam, para prover à falta de filhos e perpetuar, através das gerações, o culto dos deuses familiais. Em Ro ma, por exemplo, o filho adotivo torna-se *heres sacrorurn,* depois de renunciar ao culto de sua família natural: *detestatio sacrorum.* Primitivamente, entre os Gregos, a adoção consistia no simulacro do parto, *per pal!ium et indusiurn.*

2.

Direito romano. Havia, no direito romano, duas formas de adoção: quando se aplicava aos sul *iuris,* chamava~se *adroqatio;* quando aos alieni *iuris, cidoptío,* ou adoção propriamente dita (L. 1, § 1, D., *de adoptionibus et emnancipationibus,* 1, *7).* Alguns textos de historiadores e literatos romanos referem a *adoptio per testamentum* (Cicero, *Brutus,* 58). A ad-rogação fazia-se mediante sindicância dos pontífices e em virtude da decisão dos comícios por cúrias, *populi cíuctorítate.* Tal adoçào era, realmente, fato grave, pois fazia cidadão sul juris, talvez, já então, pai de família, cair sob o pátrio poder. Daí o interesse que nele tomavam a religião e o Estado: aquela, por intermédio dos pontífices, dizendo da oportunidade da adrogatio; e esse, em comícios, votando a sua aprovação. O magistrado, presidente dos comícios, dirigia, sucessivamente, três rogotiones ao ad-rogante, ao ad-rogado e

ao povo. Dai o nome *adrogatio* (Gaio, 1, § 99).

Com a adoção dos alieni luris constituía-se o pátrio poder do adotante. No direito justinianeu, têm-se de distinguir a adoção *plena* e a *minus plena:* aquela dava o pátrio poder; essa, não. Nessa, a relação filial que se formava não ia até às últimas conseqüências.

3.

Século III. No meado do sêculo III, essas formalidades foram substituidas pela decisão do Imperador (li. 2, C., *de adoptionibus,* 8, 48). Desde aí as mulheres puderam ser ad-rogadas, e a ad-rogação foi possível na provincia.

Antes, ao tempo da votação das cúrias, as mulheres excluídas de tais assembléias não podiam ser ad-rogadas. Por só se reunirem em Roma as cúrias, só aí se podia ad-rogar.

4.

Origens *remotas.* A adoção propriamente dita veio da Lei das Xli Tábuas. Ato menos grave, não se lhe exigia a intervenção do povo nem dos pontífices. Uma vez que a adoção concernia a alieni iuris, dela não podia resultar nem o desaparecimento da família, nem o de um culto. Fazia-se ela pela simples autoridade do magistrado, *imperio* rnagistratus (Gaio, 1, 98). As suas formalidades principais consistiam na formação de novo pátrio poder. Para se obter esse resultado, o pai natural punha o filho três vezes sob o manícipium do adotante. Na terceira mancipação, o poder s.

paterno cessava, conforme a disposição das XII Tábuas relativa àperda do pátrio poder, e o filho ficava in mancipio.

Para a filha ou descendente mais distante, bastava uma mancipação. Para que o adotante adquirisse o pátrio poder, em vez do mancipium, cedia o filho ao pai natural por uma quarta mancipação. Depois, perante o magistrado, o adotante afirmava possuir o pátrio poder e, como o pai natural não o contradizia, o magistrado homologava tal pretensão. Sob Justiniano, a adoção se consumava por simples declaração das partes em presença do magistrado.

5.

Caráter fictício *da* adoção. O caráter fictício da adoção ainda mais ao vivo se acentuou quando o direito estabeleceu requísitos necessários à sua validade: 1 - O adotante devia ser mais velho dezoito anos que o adotado, isto é, o tempo em que poderia ser realmente pai do adotado (Ulpiano: L. 15, § 1, D., *de adoptionibus* et *emancipationibus,* 1, 7). Exigia-se mesmo que o ad-rogante tivesse sessenta anos, li - A ad-rogação só era permitida ao que não tivesse filho sob seu poder (Cicero, *Pro Domo,* 13). O mesmo requisito não se impunha ao adotante: ordinariamente, o adotado entrava como filho na família adotiva, mas podia também entrar como neto, considerando-se, ficticiamente, nascido de filho premorto, ou ainda vivo. No último caso, o filho do adotante devia consentir; porque, morto o chefe da família, o adotado ficaria sob seu poder. E o que se conclui das próprias Institutas (§ 7, 1., *de adoptionibus,* 1, 11): *Filius* consentire *debet, ne ei* muito *suus heres* adgnascatur. III - Os *castra ti* não podiam adotar.

6.

O *rdenações Filipinas.* As Ordenações Filipinas permitiam a adoção; mas, não se tendo regulado convenientemente a matéria, as questões ocorrentes deviam ser decididas pelo direito romano (Trigo de Loureiro, *Direito Civil Brasileiro,* 1, 85; Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 3, § 1) e estrangeiro, subsidiários das leis pátrias.

O instituto caiu, contudo, em tal desuso, que alguns escritores o suprimiram de seus tratados, como Coelho da Rocha e Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 244 e 245: ═Rara vez praticadas em Portugal, cairam entre nós as adoções em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa. Sendo, pois, a adoção instituição obsoleta, seria verdadeira inutilidade tratar dela‖). Não lhe louvou a conduta Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 451):

═Certo, não é essa uma instituição em plena expansão de juvenilidade, mas não será também instituição obsoleta, pois que a veremos provocar, considerável número de vezes. A intervenção dos tribunais. O Código Civil emprestou-lhe feições modernas, o que poderia abrir para o instituto nova fase.

Ao invés do que diziam Coelho da Rocha e Lafaiete Rodrigues Pereira, sistemas jurídicos, que não tinham o instituto, receberam-no *(e.g.,* Grã-

Bretanha, Adoption of Children Act, 4 de agosto de 1926, que entrou em vigor a 1ª de janeiro de 1927; Finlândia, Lei de 5 de junho de 1926) e a Rússia, que o suprimiu em 1918, restabeleceu-a (Novela de 1ª de março de 1926; cf. Lei de direito de família de 19 de novembro de 1926, arts. 57 s.). O Código Civil turco (17

de fevereiro de 1926) inspirou-se no Código Civil suiço.

§ 995. Requisitos necessários para a adoção no direito atual

1.

Política legislativa. Não cremos que a adoção venha a ser mais usada do que o era. O Código Civil cercou—a de tantas exigências e atribuiu-lhe Consequências tão ligorosas (quanto a impedimentos matrimoniais, por exemplo), que não é possível prever-lhe, sob as regras do Código Civil, mais intensa aplicação. Aliás, o seu fim émesmo restrito. Filosófica, histórica e tecnicamente, a adoção representa a *Jictio* juris para os casos excepcionais: o remédio consolatório, como dizia Teixeira de Fretes (Consolidação *das Leis* Civis, art. 217, nota 13), para aqueles que não têm filhos.

Não se pode adotar o próprio filho, se reconhecido, ainda que havido fora do casamento *(aliter,* direito alemão e suíço, cl. B.Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 361; P. Simeón, Recht *und Rechtsganq,* li, 834; 1-1. Jastrow, Recht *der* unehe)ichen Ninder, 105 e 112; W. Boschan, *Das Fitem-* und *Vormnundschaltsrecht,* 108 e 319; P.Spahn, Verwandtschaft und VormundschaJt, 32 5.; Karl Kleinberger, *Das* Recht *des* unehelichen *Kindes,* 93, nota 172; W.

E. Knitschky, Das *Rechtsverhãltnis zwischen Fitem und* Kindern, 65; W. Mantey, Die Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Mutter, Das *Recta,* IV, 537; K. W. Kocl□erols, Die Adoption eines unehelichen Kindes an Kindesstatt durch seine Mutter, Das *Recht,* V, 13; Thiesing, Die Annahme eines unehelichen Kindes an Kindestatt, *Archiv for die civilistische Praxis,* 91, 432; idem, H. Dittenberger, Die Zulãssigkeit der Adoption des unehelichen Kindes, *Archiv,* 95, 431 5.; Peyer, Die *famnilienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder,* 61; A.

Silbernagel. Familienrecht, 11, *1,* no *Komnmentar* de M. Gmúr, II, 51;

contra, na doutrina alemã: Conrades, Die Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Mutter, Das *Recta,* IV, 486; W. Ch. Francke, Auch nach dem 8GB.

kann niemand sem eigenes Kindes an Hindes Staft annehmen, *ThOringer Blãtter,* 48, 17; E. MúlIer, Kann em s.

uneheliches Kind vom seinen Vater oder seiner Mutter an Kindes Statt angenommen werden?, *Archiv fOr* die *civilistische Praxis,* 95, 256 5.; A. Bergk, *Farnilienrecht)iche StreitJragen,* 5 s.). O problema tem de ser posto em termos mais científicos, para que sejam científicas as respostas: antes do reconhecimento não há, juridicamente, filia— ção, de modo que é possível a adoção (não se infringe qualquer regra jurídica); depois do reconhecimento, a adoção não tem sentido, pois o que se propõe a adotar já é pai, *juridicamente* ou já é mãe, *juridicamente;* se o reconhecimento ocorreu após a adoção, a adoção caduca (= perde eficácia), mas, para tal reconhecimento posterior, é *a)* preciso que intervenha assentimento do filho, se é capaz (art. 362, V parte), ou *b)* tem o reconhecido, que é incapaz, a ação de impugnação do reconhecimento, independentemente do prazo de quatro anos a que o Código Civil, art. 362, 2ª parte, se referia (Lei n0 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 27). Se *a),* não se pode pensar em continuação da eficácia da adoção: o próprio assentimento ao reconhecimento importa em consentimento ao distrato da adoção (art. 374, 1). Se *b),* a sentença que desconstitua o ato de reconhecimento da filiação torna eficaz a adoção, ex tunc.

O julgamento de ausência (Código Civil, arts. 5ª. IV, 463 e 482; Código de Processo Civil, arts. 1.163, pr., 1.167,11), como a declaração de morte *(Todeserklàrung)* de outros sistemas jurídicos, não equipara ao descendente morto o que foi julgado ou declarado modo. Apenas se cria, com o julgado, presunção. que pode ser elidida por prova em contrário (Engelmann-Keidel, *J.* von *Staudingers* Kornrnentar, IV, 2, 1.164; G. Planck. Kom *mentar,* IV, 620; Beguin, *L'Adoption,* 69; sem razão, Herbert Meyer, *Rechtsschein des Todes,* 55). Por outro lado, pode ser adotado o que foi julgado ausente (Código Civil, arts. 5t IV. 463 e 482; Código de Processo Civil, arts. 1.163, pr, e 1.167, II), ou declarando modo segundo alguns sistemas jurídicos. Se vier a provar-se que o adotado já não existia, foi inexistente (não nula).

2.

Pressupostos necessários *quanto ao adotante.* Quanto ao adotante, são pressupostos necessários: 1 - Ser maior de trinta anos, isso no sistema do Código Civil, diverso do da Lei nº 8.069, art. 42, pr, em que podem adotar os maiores de vinte e um anos, porque, se o legislador admitisse a adoção antes dessa idade, desviaria do casamento pessoas que desejam, por instinto paterno ou materno, dedicar-se a outras e fazê-las seus sucessores. Lê-se no art.

368: —Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar B no parágrafo único: —Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.‘ A despeito da clareza do art. 368 e da sanção do art. 145, IV, certa vez absurdamente decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (a 6 de setembro de 1943, *RF* 100/484), que a infração do art. 368 não causa nulidade. Na ordem internacional, o art. 368 não é de ordem pública, mas isso é outro problema. II - Antes da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, não ter descendentes legítimos ou legitimados, era outro requisito necessário, porque a ilusão da paternidade ou maternidade por adoção nºo teria razão de ser se o adotante tivesse os encargos e a afeição da paternidade ou maternidade consangúíneos. A lei referia-se a~ ‖ prole legitima ou legitimada‖, de modo que o fato de ter reconhecido filho havido fora do casamento não impedia que o pai ou a mãe adotasse estranho. A Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, art. 1ª, apagou do sistema jurídico o pressuposto da inexistência de prole, quanto aos adotantes. 111 - Ser mais velho dezesseis anos que o adotado. porque a adoção, com imitar a natureza, tem de submeter—se às suas situações essenciais, e a diferença de dezesseis anos é necessária para a ilusão da paternidade ou maternidade. E o que resulta do Código Civil, art. 369, e da Lei nº 8.069, art. 42, segundo os quais o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotado. A ficção tem suas regras, que são os traços da verdade: *Fic tio imnportat verta tem;* e para que ela seja possivel é preciso que o fosse o fato verdadeiro: *Ubi non potest cadere* vertas, *ibi fictio* non cadit. IV — Se o que pretende adotar é tutor ou curador do adotando, a adoção não será permitida antes de o tutor ou curador dar contas de sua administração e saldar o seu alcance. A exemplo do que diz a Lei nº 8.069, art. 44, também estatui o Código Civil, art. 371: —Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou cura— do~ adotar o pupilo, ou o curatelado.‖ A adoção extingue o pátrio poder e o dá ao adotante, ou o cria, se o adotado estava sob tutela ou curatela; de modo que admiti-la, antes de prestadas as contas e saldado o alcance, seria facilitar aos tutores ou curadores insolváveis se eximirem de suas obrigações de gestão tutelar ou curatelar. V - Diversamente da adoção dos menores de dezoito

anos, regrada pela Lei nº 8.069, arts. 41, § 1ª, e 42, §§ 2ª e 49, ainda não estar adotada a pessoa adotanda, salvo se titular da vigente adoção o cônjuge do novo adotante, é outro dos pressupostos que o Código Civil prevê. Diz o art. 370: —Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.‘ VI - Ser capaz o adotante.

Diz o Código CivI, art. 368, pr.:‖ Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.‖ A adoção pelo que não tem trinta anos énula. Não há sanação se, feita antes dos trinta anos, vem a completá-los o adotante (G. Planck, *Kommnentar,* IV, 621; Engelmann-Keidel, *J. von Staudingers Kommentar,* IV, *2,* 1.167). Aprecia-se o pressuposto necessário da idade na data da escritura pública (Engelmann—Keidel, IV, *2,* 1.167).

Se o tutor ou curador quer adotar o tutelado ou curatelado. tem primeiro de saldar as contas e pedir a nomeação de outrem, que represente o tutelado, ou curatelado, ou assista à sua decla— ração de vontade. Todavia, se a declaração de adoção se faz, pode ser pedido ao juiz que nomeie tutor *ad hoc,* ou curador *ad hoc,* que manifeste, ou não, o seu assentimento, e tome as contas. Então, a adoção só se conclui após a declaração do tutor *ad hoc* ou curador ad *hoc.*

s.

O adotado não adquire, pelo fato da adoção, a nacionalidade do adotante.

No sistema juridico brasileiro, não há a regra jurídica que inseriu no § 1.746, alínea 1ª, do Código Civil alemão, no qual se exigiu, sendo casado o adotante, que o outro cônjuge assentisse na adoção, salvo se não mais podia o outro cônjuge manifestar vontade, ou fosse desconhecida a residência. Não seria de cogitar de analogia com o reconhecimento de filho, mesmo porque a resposta à questão teria de ser, no regime jurídico anterior, em sentido negativo da adoção do filho havido de relação extraconjugal (Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, art. 1ª), ou da permissão (Lei nº 883, art. 4ª), e no sentido afirmativo da adotabilidade sem o assentimento do outro cônjuge (arg. ao art. 248. 1, *verbis* —leito anterior‖).

É nulo (~não porém inexistente!) o negócio jurídico da adoção que se fizer sem alguns dos requisitos acima. Não há ratificação possível.

Se o homem casado ou a mulher casada quer adotar alguém e o outro cônjuge é absolutar~ente incapaz, é claro que nada o impede de adotar por falta de assentimento do incapaz, porque seria impossível dá-lo e não ê daqueles que se podem suprir. Mas verdade é que a lei não exigiu à adoção o que exigira à tutela, àcuratela e outros múnus públicos.

Naturalmente, para ir morar com o casal, esse filho havido por adq~ão — se capaz ou só relativamente incapaz o outro cônjuge — teria de ser aceito por ele, ainda que somente como filho *do que adotou.* O símile está no art. 359 do Código Civil, referente aos filhos reconhecidos.

3.

Prole do adotante. Na sistemática do Código Civil anterior àLei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, art. 1ª, no que concernia à —prole legítima, ou legitimada‖, do adotante, a adoção produzia os seus efeitos, quando satisfeitos os requisitos, ainda que sobre-viessem filhos havidos da relação do casamento ao adotante. Mas, quando se provasse que o filho superveniente, pelo fato do nas-cimento, estivesse concebido no momento da adoção, o ato era nulo conforme o que se estabelecia no art. 377, antes da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, art. 1ª, e da Constituição de 1988, art.

227, § 6ª: —A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato de nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção.‖

Para que se desse a nulidade, era preciso: *a)* Que o nascimento do filho superveniente fosse posterior trezentos dias, no máximo, à data da adoção (é o prazo para a presunção legal da concepção); de modo que, se o filho nascia antes do 3O0ª dia, o momento ou a época da concepção podia ser fixado por exame do recém-nascido. *b)* Que nascesse vivo e viável, pois os filhos que nasciam mortos, ou vivos porém não-viáveis, só se podiam considerar, para tal efeito, como se não tivessem existido (BaudrxyLacantinerie, *Précis de Droit Civil,* 1, 503). A personalidade, de acordo com o Código Civil brasileiro (art. 4ª), começa do nascimento *com vida;* mas aí não se tratava de direitos do recém-nascido, nem se discutia a sua personalidade; queria se saber se a adoção o prejudicaria, e ao não-viável não ofenderia, de certo. *Infans conceptus pro nato habetur quotiens de com modis elus agitur. c)* Que fosse havido do casamento o filho; ou, no caso de se tratar de

filho legitimado, que a adoção tivesse sido posterior ao casamento do adotante, porquanto a legitimação, se, na *realidade,* retroage à data do nascimento ou da concepção do filho, *juridicamente* é o nascimento do filho que, por ficção, se reputa transferido ao dia da celebração: Dies *nuptiarumn dies est* conceptionis *ei nativitatis legitimae.* Assim, se o filho nascia antes do cento e oitenta e um dias, a contar do casamento, e a adoção fora feita antes da celebração, a superveniência desse filho não tornava nula a adoção. Se, porém, a adoção fosse posterior ao casamento, qualquer filho legitimado faria obstáculo, bem como os havidos do casamento que nascessem após trezentos dias no máximo, a contar da data da adoção: os havidos do casamento, por serem considerados como concebidos antes dela; os legitima-dos, porque a data do seu nascimento *legítimo* era o dia do casamento, que, pela hipótese, era anterior à adoção.

Se havia descendência havida fora do casamento, ainda que nascituro, ou ignorada do adotante (sem razão, J.

Thalberg, Die *Adoption,* 38), não era ela óbice à adoção.

4.

Problema novo. As considerações acima exaradas tinham importância prática, não na perderam, teórica, e contiveram em si um dos assuntos interessantes que a letra primitiva do Código Civil ofereceu à doutrina. O

indivíduo casou-se a 1ª de janeiro de 1917. Era maior de cinquenta anos e adotou, a 20 de janeiro, a criança B. No dia 10 de dezembro (isto é, mais de trezentos dias após a adoção), nasceu-lhe filho, que — por ser posterior ao 181ª dia a contar do casamento — se reputava —legitimo‖. A adoção não era nula, porque o filho não podia estar concebido ao tempo em que seu pai ou sua mãe adotara a criança B. Se o filho tivesse nascido, não a 10 de dezembro, mas a 30 d e junho de 1917 (180 dias após o casamento), o filho seria —legitimo‖, e a adoção nula, porque o filho viável não podia ter, pela lei, menos de cento e oitenta dias, e para que não estivesse concebido no momento da adoção seria s.

necessário que tivesse nascido *(vila lis)* com menos de cento e oitenta dias, o que constitui, *legalmente,* absurdo, pois os nascidos com menos

de cento e oitenta dias não são vitais ou viáveis *(vitae habiles,* ou *viabl es)*.

Se ao tempo da adoção não havia filho —legitimo‖ ou legitimado, a adoção valia e subsistia ao nascimento de algum filho —legítimo‖, ou à legitimação posterior. Discutiu-se se o nascituro a impedia, se já concebido ao tempo da adoção. A resposta era afirmativa diante do art. 49, 2ª parte, do Código Civil (sem razão, na doutrina alemã, G.

Planck, *Rommentar,* IV, 620; Engelmann-Keidel, *J. von Staudingers KommentarjlV, 2,* 1.164). Todavia se, feita a adoção, o nascituro nascia sem vida, a adoção *fora* válida; se nascia com vida, nula *fora* a adoção. Se nascia com vida e morria depois, era preciso que se fizesse outra adoção.

5.

Filho legitimado. Suponha-se, agora, que o filho, de que se tratasse, fosse legitimado. tComo se deveria resolver a questão? Os exemplos, melhores do que princípios gerais, fortalecem as convicções. O individuo A adotou, a 1ª de janeiro, a criança E; a 10 do mesmo mês nascera-lhe filho havido fora do casamento, o que, pela lei, não obstava nem anulava a adoção; mas a 12 de fevereiro o adotante casou-se com a mãe do filho havido fora do casamento, que ficou, *ipso facto,* legitimado. Pergunta-se: jseria nula a adoção? Dois critérios poderiam ser usados para a interpretação dos antigos arts.. 377 e 368, — o primeiro, adigo em que se reputava por ineficaz a adoção no caso de sobrevirem filhos ao adotante, —se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção‖, e o segundo, artigo em que a prole, —legítima‖, ou —legitimada‖, impedia a adoção. Um dos critérios exegéticos seria o que reputasse prejudicada a adoção do exemplo acima, *porque o filho legitimado estava concebido no momento da adoção.* O outro critério, mais filosófico e mais juridico, consistia em atender-se á natureza técnica da *legitimação* e concluir-se que o filho concebido ao tempo da adoção era *ilegítimo* e a *legitimação* tinha como Consequência jurídica, essencial, reputar-se o filho concebido e nascido no dia do casamento: *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativitatis legitimae.* Os efeitos atribuidos a‘ —legitimidade‖ e a‘ —legitimação‖ só se podiam operar, portanto, desde o dia em que se fazia o casamento, e não antes; do contrário, seria dar à *legitimação* efeitos que a *legitimidade* não tinha. Só o último critério, como se vê, tinha valor técnico. Aplicando-o à espécie em discussão, podemos responder que a adoção, de que se

trata, não era pre-judicada com o nascimento do filho havido fora do casamento. Se a adoção era posterior ao casamento, o problema mudava de face. O individuo A casou a 1ª de janeiro; no dia 2 adotou a criança E, e no dia 2 ou mais nasceu-lhe um filho de sua mulher, que ficou legitimado. A adoção, na hipótese, ficava prejudicada, porque o dia da concepção e do nascimento do filho era o do casamento, de modo que, para efeitos peculiares à legitimação, o *legitimado* estava concebido, dissemos, no dia 1ª de janeiro, data do matrimônio. Ou melhor: no dia 2 de janeiro, ao fazer-se o contrato adoticio, estava concebido filho legitimado.

6.

Pressupostos necessários quanto ao adotado. Em relação aos adotados, são pressupostos necessários para a adoção: a) Consen-timento do adotado, na sistemática do Código Civil, art. 372, ia parte, se é maior. Sem ele o ato jurídico é inexistente (= não entra no mundo jurídico). Não se há de falar de nulidade. O contrato a que falta aceitação não é nulo; não existe. Se o adotando é absolutamente incapaz, tem de representá-lo o pai, tutor ou curador. A sanção é a nulidade. Lê-se no Código Civil, art. 373: —O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição ou a menoridade.‖ A adoção é perfeita e eficaz se o adotando, maior, consente: ou, se absolutamente incapaz o adotando, ou nascituro, consente, por ele, o pai, tutor ou curador. E perfeita, mas anulável, se não assentiu a pessoa ou não assentem as pessoas sob cuja guarda está o menor, ainda o genitor sem pátrio poder nem tutela ou curatela. Se menor de vinte e um anos e maior de dezoito, tem o adotando de consentir, bem assim de assisti-lo o pai, tutor ou curador. A pessoa ou pessoas sob cuja guarda esteja têm de assentir. A sanção pela falta é a anulabilidade. A superveniência da capacidade, antes dos vinte e um anos, serve de início ao prazo preclusivo do art. 373. Se a adoção é de criança (Lei nº 8.069, art. 2ª, pr., 1ªparte), ou de adolescente (art. 2ª, *pr.,* 2ª

parte), *sedes materiae* é a Lei n0 8.069, art. 39, pr O art. 45 estatui: —A adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotando‖, salvo se incógnitos os pais ou, cógnitos, perderam o pátrio poder. —Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade‖, diz o § 2ª, —será necessário também o seu consentimento.‖ A regra juridica do art. 373 do Código Civil não incide quanto à adoção de crianças e adolescentes (Lei n0 8.069, art. 48). *b)* Assentimento do pai, mãe, tutor ou curador e assentimento da pessoa sob cuja guarda

está o menor ou interdito.

Estatui o art. 372, com a redação dada pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, art. 1ª: —Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.‖ Antes dela, dizia o art. 372:

—Não se pode adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adotando, menor, ou interdito.‖

Se a pessoa que adota é a mesma que tem a guarda do adotado menor ou interdito, o assentimento há de ser dado pelo curador *ad hoc,* ainda se oficial (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de janeiro de 1950, OD 73/145). O art.

372 fala de assentimento do representante legal do incapaz ou do nascituro, e, antes da Lei nº 3.133, art. 1ª, falava de assentimento da pessoa debaixo de cuja guarda estivesse o adotando. Mas, se o menor está sob pátrio poder, tendo o outro cônjuge a guarda, não seria de admitir-se que só o genitor que tem a guarda houvesse de assentir: hão de s.

assentir os genitores, ainda que só um tenha a guarda, pois que é pressuposto necessário a representação ou assistência pelo titular do pátrio poder, tutor ou curador. Se o menor está sob tutela, ou curatela, e tem genitor, somente não se precisa de assentimento desse se esse não tem a guarda, por ato de desconstituição judicial definitiva (art. 395). A mulher que se casou, na espécie do art. 393, tem de assentir. O art. 372 não só cogitou da pessoa estranha, que haja de assentir. O Código Civil não suporta interpretação do art. 393 que lhe atribua poder adotar-se alguém com violação dos direitos do genitor que tem ou não o pátrio poder, se tem a guarda (cf. art. 395). No direito brasileiro, o cônjuge pode ser adotado sem assentimento do outro cônjuge *(aliter,* Código Civil alemão, quanto ao que se estatuiu no § 1.746, alínea 1ª suíço, art. 206, 1ª alínea). Pode esse, se há ofensa aos bons costumes, alegar a nulidade (art. 145, II, 1ª parte). Regendo-se pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a adoção de criança depende do *assentimento* dos pais cógnitos que não perderam o pátrio poder, ou do —representante legal do adotando‖ (art. 45, *pr, in fin e);* se adolescente o adotando, tem de haver seu *consentimento* (art. 45, § 2ª, c.c. art. 2ª, pr, 2ª parte) e o *consentimento* dos pais titulares do pátrio poder conhecidos (art. 45, § 1ª, *a contrario sensu),* ou do —representante legaldo adotando-adolescente. c) Não ser adotado de outrem, *no regime do Código Civil,* art. *370,* salvo se o é do cônjuge da

pessoa que o quer adotar. A adoção de um mesmo individuo por mais de uma pessoa traria rivalidades insuperáveis entre os adotantes. Por outro lado, como o pátrio poder (no caso de menor) é indivisível, seria extravagante a adoção divisível. Dois cônjuges podem, todavia, adotar a mesma pessoa, quer ao mesmo tempo, quer separadamente, pois que, em tal caso de duplicidade de adotantes, as rivalidades não têm, se existem, a importância, que teriam, se fossem estranhos. Quanto ao pátrio poder, sendo menor o adotado, exerce-o o marido, ou, se legalmente impedido, a mulher. Não é mais do que imitar a natureza e o instituto do pátrio poder, de que a adoção é imagem. Separados judicialmente são estranhos.

Nada obsta a que, extinta uma adoção, a pessoa seja readotada.

Quando os cônjuges adotam *uno actu,* há-se de entender que o fizeram subordinando à vontade dos dois o distrato da adoção (art. 374, 1). Na primeira espécie, o adotado é filho do casal e trata-se como se fora filho legítimo comum.

Não se dá o mesmo se o outro cônjuge adota depois, salvo se é de interpretar-se no sentido de adoção comum o negócio jurídico. Se um dos cônjuges falece, pode sobrevir outra adoção pela pessoa com quem o cônjuge sobrevivente se case. Se se separam judicalmente os cônjuges, ou se divorciam, a situação do adotado é igual à do filho comum cujos pais se separaram judicialmente, ou divorciaram.

Se a adoção cessa, não volta o pátrio poder ao pai ou mãe consangúíneos. Se o menor passa à guarda do pai, ou da mãe, tem aquele, ou essa, de assentir, se vai ser adotado, mais uma vez, o filho. No direito alemão, tal assentimento é exigido em qualquer hipótese, isto é, ainda que não tenha a guarda o pai, ou a mãe; porém essa não foi a solução do direito brasileiro que ligou o assentimento ao pátrio poder, ou a relação matrimonial entre os pais, ou à guarda, e não ao parentesco consanguíneo. A mãe, ainda que não tenha pátrio poder, nem guarda, pode vir a tê-los, e essa é a razão para se entender que, no direito brasileiro, tem de assentir, salvo se os perdeu definitivamente (art. 395). Se a mãe não tem o pátrio poder, nem a guarda, pode vir a tê-los, ou a ter só a guarda; por isso há de ser ouvida pard que assinta, salvo se os perde definitivamente (art. 395). Essas eram as únicas soluções compatíveis com o sistema juridico brasileiro, devido, principalmente, ao que se estatuiu no Código Civil, art. 372.

Discutiu-se se pode dar-se assentimento se se ignora quem éo adotante (assentimento em branco ou adoção em incógnito), mas seria contra os princípios a afirmativa (G. Planck, *Jsommentar,* IV, 623; sem razão, W. Blume, *Verwandtschaft,* 667).

Tratando-se de expostos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 61), uma vez que, conceptualmente. os pais não têm *mais* a guarda, se a tinham, a adoção é permitida sem assentimento deles (1 Schottelius, Findelkinder arrogirt werden kónnen?, *Braunschw. Zeitschrift,* 38, 191 s.). Na sistemática anterior, no Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, art. 23, disse-se: —Os expostos, que não forem recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados, ficarão sob a tutela das pessoas que voluntariamente se encarreguem de sua criação, ou terão tutores nomeados pelo juiz.‖ No art. 24: —Quem tiver em consignação um infante, não pode confiá-lo a outrem sem autorização da autoridade pública, ou de quem de direito, salvo se não for legalmente obrigado ou não se tiver obrigado a prover, gratuitamente, à sua manutenção.‖ No art. 25: —Incorrerá em pena de prisão celular por um a seis meses e multa de vinte a duzentos cruzeiros (= Cr$ 20,00 a Cr$ 200,00): 1 - Quem entregar a qualquer pessoa ou a estabelecimento público ou particular, sem o consentimento da autoridade ou da pessoa de quem houver recebido, menor abaixo da idade de sete anos. II - Quem, encontrando recém-nascido, ou menor de sete anos abandonado, não o apresentar ou não der aviso do seu achado à autoridade pública.‖ Desses textos do Decreto nº 17.943-A, revogado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, art. 123, bem assim dos escritos pela técnica legislativa nos art. 98, II, 101, VII, e 90, IV, 101, parágrafo único, 102, §§ 1ª e 2ª, e 10, II, 28, pr., 30, 32, 33, *pr.,* e 36 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, de lei são de tirar-se alguns conceitos, que servem à interpretação do direito brasileiro em matéria de adoção. Se houve, *verdadeira* mente, exposição, houve, por parte dos pais, se com eles estavam os filhos, ato que se pode considerar s.

bastante à decretação da perda do pátrio poder e direito de guarda. Seria absurdo que se exigisse à validade da adoção o assentimento desses pais, ou de qualquer deles. Tem de assentir a pessoa que acolheu o menor exposto (= menor apresentado às autoridades públicas, conforme já estatuiam os arts.. 14-22 do Decreto nº 17.943-A). Se essa pessoa, *sem quebra* dos seus deveres de guarda (Lei nº 8.069, arts. 33, pr., e 36, parágrafo único, in *fine),* confiou o menor a outrem (Lei nº 8.069, art. 30), nem por isso perde o direito de ser ouvida e assentir ou não.

Na tradição de nosso direito, depois dos sete anos, não havia mais *exposição,* mas *abandono.* Não quer dizer isso que a situação criada antes dos sete anos não perdurasse, nem que o abandono se houvesse de tratar diferentemente.

§ 996. Formalidades da adoção

1. *Escritura pública.* A adoção regida pelo Código Civil —far-seá por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo‖ (art. 375). O adotado, fora do art. 5t 1-111, deve deixar expresso o seu consentimento; e, se é incapaz, ou nascituro, deve assentir na adoção a pessoa sob cuja guarda ele está, ou o —representante legal‖ (art. 372).

No direito brasileiro não se exige que a adoção seja com a presença dos figurantes. Toda importação de doutrina ou de legislação estrangeira que exija co-presença do adotante, do adotando e das pessoas que hão de assentir é impertinente. O voto do Ministro Aníbal Freire, na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15 de julho de 1948 *(Ai* 88/260), seria certo, em França ou na Itália; ,pão no Brasil. A escritura pública é exigida a todas as declarações de vontade que compõem o suporte fático da adoção, porém em nenhum texto de lei se exige que sejam *uno actu.* Por outro lado, se a adoção não teve o consentimento do adotando capaz, ou relativamente incapaz, ou, se absolutamente incapaz o adotando, ou nascituro, não funcionou a pessoa que deveria representá-lo, não é nula, — é inexistente.

Aliás, já é tempo de a justiça impor-se a si mesma só se referir a nulidade, ou anulabilidade, apontando o texto ou o principio em que se funda para a sanção. Falta de consentimento do adotando não é causa de nulidade, é causa de inexistência; idem, a falta de representação. Se o adotando é relativamente incapaz e consentiu, sem assistência do pai, tutor ou curador, é anulável a adoção. Se, absolutamente incapaz o adotando, consentiu, o ato jurídico é nulo.

A adoção tem de ser registrada, por averbação, no registro de nascimento do adotado (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, § 1ª, *e), 1ª* parte, 102, 32), 1ª parte, e 105). A adoção começa de produzir os efeitos entre os figurantes desde que se conclui; a publicidade registrária é apenas para eficácia contra terceiros

(também assim no direito suiço, A. Silbernagel, no *Komrnentar* de M. GmUr, II, *II,* 63; diferen:e o Código Civil francês, art. 359, já substituído).

2. *Interpretação do art. 375.* Desde que se considera contrato a adoção e não se exigiu, no sistema jurídico brasleiro, que seja *uno actu,* as declarações de vontade são separáveis. Nada obsta a que se dê prazo para que dentro dele se manifeste, por escritura pública, o adotando, ou a pessoa que haja de representar ou assentir. O art. 375 só se refere à pré-exclusão de condição ou termo à adoção, o que nada tem com o prazo para manifestação de vontade. A *oferta* de contrato com prazo rão torna condicional ou a termo o contrato.

O Supremo Tribunal Federal, a 24 de novembro de 1942 *(RT* 96/292-294), entendeu que a escritura pública é somente para a declaração unilateral de vontade do adotante, e não para a do adotado: —Há também a ausência da prova do consentimento da adotada. Mas, no caso, é patente a naturela benéfica do ato e, então, não se exige que o consentimento sda isócrono, simultâneo com o ato. O consentimento posterior o valida. E nada mais evidente como prova de aceitação do ato do que a própria parte vir a juízo solicitar-lhe o cumprimento.‖ No mesmo sentido o voto do Desembargador Erasto Correia, no acórdk do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 11 de outubro de 1944. Aliás, o acórdão invocou o art. 132 do Código Civil, que não vem ao caso: tratava-se de saber se o consentimento do adotando (nãoanuência, ou autorização) exigia a mesma forma.

A 1 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de junho de 1942 *(RT* 142/329; RT 93/67) entendeu váida a escritura pública sem as assinaturas das testemunhas, o que era contra a lei. Os argumentos foram sem qualquer base:

—Considera-se válida a adoção cujo único defeito resulta da falta de assinatura da escritura pública pelas testemunhas instrumentárias, mormente quando em outros atos os adotantes a ela aludiram, exterriando a sua confirmação. A preceituação legal referente à adoção, no tocante aos requisitos para a sua validade, menciona apenas a obrigatoriedade de ser ela feita por escritura pública, em que se não admite condição nem termo (art. 375 do Código Civil). As certidões juntas ao processo provam que a adoção foi feita por escritura pública (?), não se tendo verificado nenhum dos impedimentos estatuídos em lei. Menciona o mesmo instrumento os

nomes das testemunhas. Por evidente lapso do escrivão, não constam do original as assinaturas das mesmas.‘ Todavia, in *casu,* havia ato posterior, s.

equivalente a escritura pública: —O essencial é que se evidencia a absoluta conformidade do adotante e do adotado com as prescrições legais relativas à sua situação jurídica. Na hipótese dos autos, essas cautelas elementares foram observadas e a adoção produziu seus efeitos desde vinte anos. Assim, no pedido de desquite do casal adotante se faz menção da escritura de adoção. Do termo de casamento da adotada consta a sua qualidade de filha adotiva do referido casal.‘ A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de novembro de 1939 *(RT* 129/569), admitiu que a adoção possa ser junto a outro ato jurídico, ou secundariamente:

—A escritura pública é apenas nºecessária para a realização de adoção a fim de que, perante o tabelião, fique perfeitamente autenticada a vontade das partes. Não é preciso, porém, que seja uma escritura especialmente lavrada para esse fim. Basta que o adotante declare, perante o tabelião, que tem por seu filho adotivo a pessoa do adotado~

não há necessidade de palavras sacramentais. A adoção pode ser feita em nosso ~1reito por testamento público, já que nenhum texto legal existe que a proiba.‖ Não se precisa esclarecer que escritura pública sem assinatura das testemunhas *ainda* não era forma perfeita; nem se poderia lavrar escritura pública para que as testemunhas — que o seriam do ato—assinassem depois, ou nunca assinassem.

3.

Condição e termo. O art. 375 veda a condição ou termo na adoção. Pergunta-se: *j,a)* é nula a adoção em que se inseriu condição ou termo, ou *b)* é tida por determinação mexa não-escrita a condição ou termo? A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22 de agosto de 1947 *(RF* 117/437; *RT* 182/460), deu a solução *a):* —É nula a adoção subordinada ao falecimento dos adotantes e em que se estipulou que, se pela morte de um deles, o supérstite (?) se casasse novamente, se desmembraria imediatamente a parte do adotado na sucessão do premorto. Modificando o estado familiar do filho, a adoção é ato puro, *actus legitimus,* que se realiza pura e simplesmente, não admitindo condição nem termo. A condição ou o termo anulam radicalmente esse ato. Aqui vigora a regra *condicio aut dies uitiat actum, non vitiatur.*

A aposição de condição ou o termo a atos insuscetíveis dessas modificações é, em regra, motivo de nulidade, porque não se pode cindir a declaração condicionada, ou sujeita a termo. A adoção do recorrente ficou subordinada ao falecimento dos adotantes. Não foi ato puro, e, assim, perdeu a validade. Esse defeito não constituiu matéria de alta indagação, tornando ociosas as questões sobre dolo do recorrente, e a falta de averbação do ato no livro de nascimentos.‘ Mas houve confusão: no sistema jurídico brasileiro não há, aí, a regra *Condicio atd dies vitiat actum,* non *vitiatur;* trata-se de condição inserta em ato jurídico incondicionável (Tomo V, § 542, 2).

A regra jurídica do art. 375 diz respeito assim à condição suspensiva como à resolutiva, ao termo inicial como ao termo final.

É nulo o pré-contrato pelo qual alguém se obriga a firmar contrato de adoção *(Oberlandesgericht* da Baviera, 27 A, 230 s.), ainda que se trate de criança ou adolescente sob a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 98,1111.

§ 997. Efeitos da adoção

1. *Parentesco.* Diz o Código Civil, art. 376: —O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, nº III e V.‖

Essa adoção estabelece parentesco entre o adotante e o adotado. Tal parentesco não se estende aos parentes de um ou de outro; limita-se às duas pessoas ligadas pelo vinculo adotivo; salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Não podem casar: o adotante com o adotado (art. 183, 1); o adotante com o cônjuge do adotado, ou o adotado com o cônjuge do adotante (art. 183, III); o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 183, ═0. Os impedimentos matrimoniais são disposições limitativas, *stricti ivris.* Podem, portanto, casar: o viúvo do adotante com o do adotado; o filho do adotado com o filho do adotante; o adotado com a irmã do adotante; o adotante com a irmã do adotado etc.

2.

Tempo de eficácia. A adoção só produz efeitos a partir da data em que é feita. Não tem efeitos retroativos, nem o adotado perde os direitos e deveres resultantes do parentesco —natural‖, exceto o pátrio poder, que cessa ao pai consangúineo e nasce ao adotivo (art. 392, IV; cp. 378: —Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.‖).

Se o pai consanguíneo estava impossibilitado de exercer o pátrio poder e o menor se achava sob tutela, cessa essa e cria-se no adotante o pátrio poder.

O pátrio poder dos adotantes rege-se pelos princípios que se põem ao pátrio poder dos pais consangúínºts, inclusive s.

quanto às medidas dos arts. 394 e 395.

O adotado não deixa de ser filho de seu pai e de sua mãe; o parentesco —civil‖ não apaga o —natural‖. O direito à sucessão do adotante, que adquire, não exclui que possa herdar do pai consangUíneo, ou da mãe consangiiinea, segundo os princípios da sucessão legítima e testamentaria.

Se a mulher casada adota, sem que o marido adote, e o adotado é menor, o novo pátrio poder vai a ela, mas o pai natural o perde. A posição de tal mulher casada não é igual á da mulher que tivesse filho e se casasse com outra pessoa que o pai desse filho.

3.

Outros efeitos; *direito de representação.* São efeitos do parentesco criado pela adoção entre o adotante e o adotado: 1 - O direito recíproco à prestação de alimentos (arts. 376 e 397). Tal direito é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes (art. 397), menos no caso de parentesco havidos por adoção, em que se limita ao adotante e ao adotado. É regra de exceção à *fictio iuris* de tal parentesco; e onde a lei limita a ficção, cessa o mister das interpretações concordantes. 11 - O filho havido por adoção é equiparado ao havido do casamento para os efeitos da sucessão (art. 1.605). No direito anterior à Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, se concorria com filhos havidos da relação do

casamento do adotante, supervenientes à adoção, àquele tocava somente metade da herança cabível a cada um desses (art. 1.605, § 2ª). Assim, morto o adotante, sem lhe terem sobre-vindo filhos havidos da relação do casamento, o adotado sucedia como filho havido do casamento, isto é, toda a sucessão lhe seria deferida. Se falecia o adotante e concorriam á herança dois filhos havidos da relação do casamento por exemplo, partilhava-se a sucessão em 2/5 a cada filho havido do casamento e 1/5 ao adotado, isto é, a esse cabia a metade do que herdava cada um dos havidos da relação do casamento. Existindo filho ou filhos reconhecidos, eles e o adotado herdavam partes iguais; mas, se concorriam como havidos da relação do casamento, o adotado e reconhecidos, era preciso distinguir-se.

~*Quid* iuris, depois do art. 126 da Constituição de 1937? Os reconhecidos passaram a ter o direito de herdar o mesmo que os havidos do casamento supervenientemente; o adotado, metade. Antes, vejamos o Código Civil, art. 1.605:

—Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.‖ A regra sofria exceções, quando filhos reconhecidos na constância da sociedade conjugal ou filhos adotivos concorriam com havidos do casamento (art. 1.605, §§ 1ªe 2ª); mas entre os reconhecidos e os adotivos não havia distinção. Se concorriam àmesma sucessão, herdavam partes iguais; se concorriam reconhecidos na constância do casamento e adotivos com havidos do casamento, aqueles só tinham direito à metade do que herdassem esses.

Exemplo: morto o adotante, deixando um filho havido da relação do casamento, um reconhecido na constância da sociedade conjugal e o adotivo, partilhava-se a sucessão em 2/4 para o havido da relação do casamento, 1/4 para o reconhecido e 1/4 para o adotivo. Se concorriam á sucessão um havido fora da sociedade conjugal reconhecido antes da celebração ou depois de dissolvido o casamento, um adotivo e um havido da relação do casamento, a partilha era diferente: o reconhecido, nesse caso, era inteiramente equiparado ao havido da relação do casamento, a que não era o adotivo. Portanto, cabiam ao havido da relação do casamento 2/5, ao reconhecido 2/5 e ao adotivo 1/5. Passemos à distinção a que acima aludimos: *a)* Se o havido fora da sociedade conjugal ou os havidos fora do casamento foram reconhecidos antes do casamento ou depois de dissolvido o vínculo, os seus direitos eram os mesmos dos havidos da relação do casamento, porquanto o art. 1.605, § 1ª, só diminuía o quinhão hereditário dos —reconhecidos na constância do casamento‖; *b)* Se o havido fora da sociedade conjugal ou os havidos fora do casamento

tinham sido reconhecidos na constância da sociedade conjugal, só tinham direito à metade do que herdavam os havidos da relação do casamento: estavam, portanto, equiparados aos adotivos (art. 1.605, §§ 1ª e 2ª). A regrn da letra *b)* perdeu vigência depois da Constituição de 1937, art. 126. Sob a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª os filhos havidos por adoção têm os mesmos direitos dos filhos havidos da relação do casamento e fora dela. Lido o art. 1.605, pr., e § 2ª sob a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, não mais se tem no ordenamento jurídico a regra jurídica do § 1ª, revogada pela Lei nº 6.57175, de 26 de dezembro de 1977, art. 54. III - Falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobrevivem os pais e o adotante, àqueles toca por inteiro a herança (art. 1.609). Em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adotante (art. 1.609, parágrafo único). IV - ~O descendente do filho adotivo pode representálo na sucessão do adotante? Trata-se de questão controversa. Alguns optam pela negativa, alegando que não existe parentesco entre o filho do adotado e o adotante. O característico da representação é que o descendente ocupa o lugar do representado, seu ascendente. Dai se conclui: que o filho do adotado pode representálo, porque não faz mais que representar o seu pai, o que não se lhe pode negar, pois que o parentesco não se extingue de modo algum (Projeto primitivo, arts. 1.773 e 1.790, § 1ª Código Civil, arts. 1.605 e 1.621; Clovis Bevilacqua, *Direito das* Sucessões, 119: —O direito hereditário sendo atribuido ao adotado parece irrecusável que sua descendência o substitua, quando ele falece antes do pai civil, pois que, concedendo-se-lhe esse direito, não se faz mais do que aplicar o direito comum: os descendentes representam os ascendentes no direito de suceder‖). ~Pode o adotado representar o adotante na sucessão dos ascendentes desses? As opiniões variam. A doutrina francesa nega o direito de representação ao adotado (Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil,* 1.509). Clovis Bevilacqua, que reconheceu ao filho do adotado o direito de representá-lo na sucessão do adotante, negou-o ao adotado quanto à sucessão dos ascendentes do adotante, porque —o vinculo de parentesco civil prende simplesmente o adotado ao adotante, mas não s.

aos parentes naturais deste, e muito menos aos ascendentes‖ (Clovis Bevilacqua, *Direito das Sucessões,* 118 e 119).

O argumento, perante o direito vigente ao tempo em que o autor o expendeu, era insustentável: porque o filho adotado também não era, como não é hoje (Código Civil, art. 376), parente do adotante, e no entanto o próprio Clovis Bevilacqua opinou pelo direito de representação do adotado premodo pelo filho, na sucessão do

adotante. A questão deve ser meditada. Desprezando as várias interpretações de que são suscetíveis os Códigos Civis modernos, procuremos estudar o problema tal como no-lo apresenta o Código Civil, que forçou o espirito, aqui e ali, por algumas incongruências, a desagradáveis malabarismos exegéticos. ~E necessário que o representante tenha vocação *pessoal* à sucessão do decujo? Sim, dizem *(e.g.,* W. Fildermann, *Les* Successions en *droit com paré,* 1, 324); mas, em tal caso, o filho do adotado não pode representá-lo na sucessão do adotante, porque não existe essa vocação pessoal entre ele e o decujo, diante do art. 376, que estatui: —O parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais.

Argumenta-se: —acatar tal decisão conseqUente só em aparência seria diante dos intuitos mesmos da adoção, arbitrariedade de raciocínio, abuso de lógica. Seria prejudicar o sentido essencial das instituições em proveito de coerência rigorosa e mal entendida, a que as leis não se prestam, pela omissão ou defeituosidade de seus dispositivos.

É preciso também consultarem-se as realidades da vida, a íntima finalidade dos institutos, porque a construção jurídica não depende apenas de lógica formal, que submetesse a todo harmônico as suas regras e os seus ditames, mas, por igual, da lógica interior, substancial, de suas finalidades heterogêneas‖. Foi nesse sentido, e não em absoluto, que M. Hauriou *(Précis de* Droit *administratiJ et de Droit public,* VII) proclamou: o direito não ésistema lógico, e sim aparelho vital, no qual se produzem combinações práticas; o direito é a conformidade com a ordem, e a ordem, embora ideal, é dado *prático*. ~Que tem por fito a adoção? Instituir estranho na situação de filho, transferir a ele o que se transferiria a descendente. Suponhamos que o adotante criou ao nível de sua situação social o filho havido por adoção; exerceu o pátrio poder etc.; e, morto o adotado, nem esse, nem seus filhos aproveitariam os efeitos sucessórios do contrato adotício. Tal solução importaria criarem-se eventualidades perigosas ao ato de adoção; mas, insistir-se-ia, a lei civil não se coaduna com tal exegese de lógica meramente superficial, porque a verdadeira lógica do direito é a harmonia intrínseca das finalidades heterogêneas de seus institutos, sem a qual seria impossível qualquer regularidade fundamental.

Certo, pelo Código Civil, desde que não há parentesco entre o filho do adotado e o adotante (art. 376), não há entre eles vocação direta; e o art. 1.618, pelo qual, .qxpressamente, se declara não existir entre o adotado e os parentes do adotante qualquer direito de sucessão, não

basta a tirar-se que os legisladores, conhecendo a controvérsia, quiseram negar o direito de representação ao adotado na sucessão dos parentes do adotante, deixando em vigência o direito de representação aos descendentes do adotado na sucessão do adotante. De outro modo a interpretação do art 1.618 seria forçada: It, porque já não existia direito de sucessão entre parentes do adotado e o adotante, *ex* vi do art. 376; 2ª, porque, a considerar-se o art. 376 sem aplicação ao direito sucessório e somente o art. 1.618 a disposição incidível, ter-se-ia de dar vocação aos parentes do adotado na sucessão do adotante, permitindo-se que o pai, mãe, avô, tio, irmão ou irmã do adotado concorressem à sucessão do adotante, o que seria beneficio sem razão de ser, estranho aos fins da adoção. 9 intuito da lei foi apenas dar aos parentes do adotado (descendentes) o direito de representação, embora, por um desses defeitos de técnica e de disposição de matérias, tão vulgares no Código Civil, o art. 1.618

esteja entre os que formam o Capítulo 1 (ordem da vocação hereditária), em vez de incluir-se, como devera, no Capítulo II (direito de representação)? No lugar em que aparece é insignificativo e ocioso. Finalmente: não damos, como o direito italiano (PacificiMazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano,* VII, 335), ao adotado o direito de representar o adotante na sucessão de seus parentes; nem seguimos a opinião dos que exigem, em absoluto, a vocação pessoal entre o representante e o decujo, mas falta a regra que abra exceção quando se trata dos descendentes do adotado. Negamos o direito de representação ao adotado, em se tratando de sucessão dos parentes do adotante; e não o reconhecemos aos descendentes do adotado em relação à herança do adotante, porque tais descendentes não são *quasi ex filio.* V - O pátrio poder não é modernamente, nem o foi nunca, corolário da paternidade. Atenua-se, às vezes, na figura precária da tutela, que é agregado de parcelas do pátrio poder, mas conserva-se íntegro na adoção, porque todos os direitos do pai se formam no pai adotivo. Sendo o pátrio poder, porém, por sua natureza, *indivisível,* seria difícil senão arbitrário, irrealizável, manter dois titulares do pátrio poder, o pai ou a mãe e o adotante. Prevendo a dificuldade, a lei considera extinto o pátrio poder do pai ou da mãe natural (art. 392,1V, e 378). Se o filho não tem pai ou mãe, que exerça o pátrio poder, e, todavia, é menor, a adoção por si só cria o pátrio poder na pessoa do pai adotivo ou da mãe adotiva, e conseqoentemente se extingue a tutela, se existia. E o que se diz no art. 379. O pátrio poder extingue-se pela adoção. Perguntase: Cessando a adoção, nºvolve o adotado menor ao pátrio poder? A 34

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de agosto de 1942 *(RT* 141/621), entendeu que não: —Sendo o pátrio poder imposição

de ordem pública e eminentemente pessoal, obrigação que só e exclusivamente pode ser transferida pela adoção, que o extingue em relação ao pai natural, não é possível se admitir, na ausência de qualquer dispositivo legal, a sua restauração, a sua reimposição àquele que livremente dele se exonerou de maneira definitiva.

Além do mais, cumpre considerar a sistemática do Código, que trata em adigos diferentes das hipóteses de extinção s.

do pátrio poder e das de suspensão desse poder que melhormente seria chamado dever. Em todos os casos de extinção do pátrio poder, não é possível a sua restauração e nos casos de suspensão desse poder sobre os filhos o restabelecimento é possível e expresso. Portanto, a condição do filho adotivo, resultante da morte do pai adotante, é a de órfão, porque a lei civil não cogitou do restabelecimento das relações de parentesco natural entre filho e pai relativamente ao pátrio poder, expressamente declarado extinto na forma do art. 378 do Código Civil.‖ Com razão.

Todavia, não é verdade que não houvesse no Código Civil regra jurídica sobre restauração do pátrio poder Lá estava o art. 393, antes da redação que lhe conferiu a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 11(XII: —A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.‘ Outrossim, se não foi o pai que consentiu ou assentiu *(e.q.,* não havia reconhecido o filho), seria injusto negar-lhe o pátrio poder, se não houve culpa sua. VI - Feita legalmente ad adoção do menor, com o assentimento do tutor, cessa, como dissemos, a tutela, que é apenas figura secundária da *pat-ia potestcs,* com o intuito de supri-la. mas sem a mesma amplitude e sem a reciprocidade de deveres existentes entre pais e filhos.

No sistema jurídico brasileiro, uma vez que os pais consangúíneos perdem os direitos e deveres contidos no pátrio poder (criação e educação, companhia e guarda, assentimento ao casamento, nomeação de tutor, representação, reclamação contra detenção do filho, obediência, respeito e serviços, art. 384), mas apenas porque se contêm no pátrio poder e é o adotante ou a adotante que tem o pátrio poder, não se exclui o que significa respeito e dever aos pais consangúíneos. Se o adotante é varão, pode o menor ficar com a mãe consangflínea, ou com a mulher separada judicialmente, ou divorciada, que também, ao tempo da sociedade conjugal, o adotara. Se a adotante é mulher e sozinha adotou o menor, sem ser casada, ou

sem que também o adotasse o marido, o pai consangúíneo perde o pátrio poder, ainda que a adotante, por ser casada, não o adquira. A adoção extingue o pátrio poder do pai, consangúineo, ou da mãe consangúinea; se nasce, ou não, no adotante, ou na adotante, depende das círcunstáncias em que se irradia a eficácia da adoção.

Insistamos a respeito do direito de representação.

No art. 1.620, diz-se: —Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivesse.‖ No *Tratado de Direito de Família,* nossa opinião fora afirmativa da representabilidade do adotado pelos filhos, tal como o queria Clovis Bevilacqua. Essa seria a melhor solução, a solução verdadeira, se o contrato de adoção, no sistema jurídico brasileiro tivesse o que às vezes tem no direito alemão: a eficácia de fazer netos e netas os filhos do adotado, e assim por diante. O art. 376 pré-excluiu-o: o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado. O instituto da adoção em *linha,* em vez de adoção de *pessoa* ou *punctual,* não foi regulado no direito brasileiro. Na adoção lineal, os descendentes havidos do casamento (ou, se o entende a lei, quaisquer) do adotado têm a mesma situação que o adotado, de regra (cf. o que o Código Civil alemão, estatuiu no § 1.762) se ainda não eram nascidos (para abranger os existentes teria de ser explícita a extensão).

§ 998. Adoção inexistente, nula e anulável; dissolução

1.

Inexistente. E inexistente a adoção: a) se não existir a pessoa que se quis adotar, ou já tiver falecido na data da escritura; *b)* quando não existir, ou na data do ato já estiver morto o pretendido adotante; c) se não consentiu o adotado, ou, se absolutamente incapaz, ou nascituro, não no representou o pai, tutor ou curador.

2.

Nula. No regime do Código Civil, portanto de adoção que, por não ser

de criança e de adolescente, não se submete à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (art. 39, *pr),* nula é a adoção: *a)* quando o individuo já foi adotado por outra pessoa, ou o está sendo simultaneamente, salvo se essa pessoa é casada com o que pretende adotar (art. 370); *b)* quando o adotante não é dezesseis anos mais velho que o adotado (art. 369); c) se o tutor, ou curador, que adota o pupilo, ou curatelado, não deu, antes do ato, contas de sua administração e não saldou o seu alcance (art. 371); *d)* se o adotante não é maior de trinta anos (art. 368), isto é, não tem trinta anos completos; *e)* se o adotante, no momento da adoção, não era casado há mais de cinco anos (art. 368, parágrafo único); se não se fez por escritura pública (arts..

134,1, e 375); g) se o adotado estava louco, surdo-mudo, não podendo exprimir sua vontade, ou ausente julgado tal por ato do juiz, no momento de adotar. A ação de nulidade da adoção é, como todas as ações de nulidade, imprescritível (sem razão, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 30 de abril de 1942, *RF* 92/145, que também fixou o início após a morte do adotante, o que importou noutro absurdo).

s.

A falta de consentimentodfaz inexistente o ato jurídico, ao passo que os vícios o fazem apenas, precisamente, anulável. O fato de ser necessário o assentimento do —responsável legal‖, *e.g.,* pai, tutor, curador, quando o adotado é incapaz ou nascituro, não quer dizer que baste. E essencial o consentimento do menor, quando tutelado e maior de dezoito anos, porque ao tutor, após os dezesseis anos só compete assisti-lo nos atos em 4be é figurante (art. 426, 1).

Se a curatela recai em louco ou surdo-mudo, é óbvio que o curador o representa (art. 59, II). Se recai em pródigo, são necessários consentimento do pródigo e o assentimento do curador (arts.. 372 e 459). Ao filho sob pátrio poden o mesmo acontece: o pai representa-o nos atos da vida civil (art. 384, V) até os dezesseis anos e, após, assisteos: fica salvo ao filho desligar-se da adoção, quando cessa o pátrio poder (arg. ao art. 373). Mas a mãe tem de assentir.

Nada obsta a que se *repita* a adoção entre as mesmas pessoas, para se evitar a dúvida sobre a validade (Th. Kipp e Martin Wolff, Familienrecht, *Lehrbuch,* 8ª-12ª ed., 385).

3.

Anulável. E anulável a adoção: *a)* se o —representante legal‖, v.g. pai, tutor, curador, não assistiu ao adotando relativamente incapaz; *b)* se a pessoa sob cuja guarda estava o menor relativamente incapaz não deu o assentimento para a adoção do menor de vinte e um (Código Civil, art. 99, *pr)* e maior de dezoito anos (Lei nº 8.069, arts.. 2ª, pr., 2ª

parte, e 39, *pr.)* de idade; c) por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação (art. 147).

Tem incidência aqui o que se disse no fim do nº 2.

É preciso que se não confunda a adoção nula por ilicitude (art. 145,II, 1ª parte) com a adoção anulável por simulação (arts.. 102, 104 e 105). Na primeira espécie, os figurantes queriam Consequências jurídicas da adoção para fim ilícito; na segunda, não se quis a adoção, mas outro ato juridico.

A ação de anulabilidade *a)* pode ser proposta pelo pai, tutor, ou curador, do que consentiu. Para propô-la, precisa do assentimento do pai, tutor ou curador, se o há, o que deveria ter tido assistência.

4.

Dissolução. Dissolve-se o vinculo da adoção: *a)* quando o adotado, menor ou interdito, se quer desligar da adoção, o que lhe épermitido no ano imediato ao em que cessa a interdição, ou menoridade (art. 373); *b)* quando ambos os figurantes convierem (art. 374, 1); c) nos casos em que é admitida a deserdação (art. 374,11).

5. *Parentesco.* O parentesco resultante da adoção não se extingue com a morte do adotado ou do adotante; mas, morto o adotante, pode o individuo ser adotado por outrem.

6.

Pluralidade de adoções. A lei civil não proibe que uma pessoa tenha mais de um filho adotivo. Era lógico que assim permitisse, atendendo-se a que a adoção fora concebida como fictio *iuris.* Não é vedado aos

pais consangúíneos possuírem mais de um filho; não seria justo que se proibisse a alguém adotar mais de uma pessoa. Se é verdade que a ficção *absque legis auctoritate non potest* (Manuel Álvares Pêgas, *Commentaria ad Ordinationes,* Vil, 163), ninguém nega que a lei faculte o que não proibe e que a ficção imite, em seus efeitos, a verdade: *Tantum operatur fictio in casu* 1 *feto quantum ventas in casu vero* (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* II, 436; Código Civil alemão, § 1.743, quando estatuiu: —A existência de um filho adotivo não faz obstáculo a outra adoção.‖). Todavia, ilogicamente, estatuíra o antigo Código Civil italiano, art. 203, e, posteriormente, o atual, art. 294, 1ª alínea: Nessuno *puó avere* piú *Jigli adottivi* se *non siano adottati col rnedesimo atto.*

§ 999. Extinção da adoção

1.

Desligação unilateral. O primeiro caso de extinção é o da desligação unilateral. Diz o Código Civil, art. 373:

—O adotado, quando menor ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.‖ O prazo é preclusivo. Não há suspensão, nem interrupção. Se, ao chegar à maioridade, está interdito o adotado, não houve *nenhum* momento em que pudesse desligar-se. O tempo somente começa de correr, finda a interdição. Há, porém,xaso menos simples. A loucura e a surdo-mudez absoluta independem, como causas de incapacidade, da sentença de interdição. Se existia ao advento da maioridade a loucura, ou a surdo-mudez, com os efeitos de incapacidade absoluta, o tempo somente começa de correr quando se levantar a interdição, ou, se foi pedida s.

e negada, *por ter passado a loucura,* do dia em que a sentença reconhecer como tendo *cessado.* A sentença de levantamento é *constitutiva,* quer se trate de interdição por incapacidade absoluta, quer de interdição por incapacidade relativa. A muitos parece estranho que haja maior *carga* de força na sentença que levanta interdição que foi *independente* de sentença *constitutiva* do que na

sentença que levanta a interdição que foi *dependente* de sentença *constitutiva.* Porém o que ocorre é que a eficácia constitutiva da sentença sobre capacidade absoluta é ex tunc, — o que faz confundir a sua força com a das sentenças *declarativas.* Basta pensar-se a que só se levanta a interdição *que se fez.*

2.

Código Civil, *art. 374.* Estatui o art. 374: —Também se dissolve o vínculo da adoção: 1 - Quando as duas partes convierem. II — Nos casos em que é admitida a deserdação.‖ No primeiro caso, há ato jurídico contrário, que distrata o ato jurídico da adoção. Negócio jurídico de direito de família, como a adoção mesma. No segundo, não: ao adotante nasce, com o caso em que é admitida a deserdação (Código Civil, arts. 1.595-1.602 e 1.741-1.745), a pretensão àdissolução do vínculo da adoção, isto é, à resilição (não à resolução, porque a adoção decorreu, encheu o tempo em que foi e produziu seus efeitos). Na convenção distratante da adoção, há apenas a particularidade, a que nos referimos no Tomo LII, § 306, 4, de ser duradoura a prestação, como na locação, a atenuar a eficácia negativa in *radice* do distrato. Na dissolução por caso de admissível deserdação, há pretensão constitutiva negativa, que não é, advirta-se, igual à pretensão constitutiva negativa em caso de revogação de doação (arts. 1.181-1.187), porque, na revogação da doação, há *revogatio,* descida ao suporte fático da adoção (= retirada da *vox).*

3.

Convenção. Os figurantes, maiores e capazes, podem desfazer. *convencionalmen te,* o laço adotivo. Note-se que, sendo menor o adotado, ou interdito, há certa unilateralidade, da parte do adotante, para o desfazimento, da parte do adotado (art. 373). A bilateralidade *perfeita* é essencial se capaz era o adotado. O adotante, que se tornou incapaz, somente por meio de ato biliberal, tornando-se capaz, pode desfazer o laço adotivo. Se a adoçao foi por ambos os cônjuges, não pode ser dissolvida convencionalmen te sem figurarem no contrato de supressão os dois. Se um dos cônjuges morre, o outro pode figurar só. No contrato de supressão não se pode inserir condição ou termo. (Tampouco é de se admitir condição ou termo no desligamento segundo o art. 373.)

O Código Civil suíço. art. 269, alínea 1ª falou de poder ser revogada a adoção (texto francês: —peut être revoquée‖

texto alemão: —mit beidseitiger Zustimmung‖; texto italiano: ═consenso reciproco‖); mas a concepção brasileira é preferível. Não há representação possível em se tratando do distrato do art. 374, 1; *aliter,* para a ação do art. 374, li.

Se houve adoção por cônjuges, cada um pode, separadamente, exercer a ação do art. 374, II, ainda contra a manifestação de vontade de outro.

4.

Nem preclusão nem prescrição. Não há prazo de preclusão, nem de prescrição, para o desfazimento a que se refere o art. 374, 1. Pode dar-se ainda que tenha passado o prazo do art. 373.

5.

Cessação segundo o art. 374, II. A cessação de que trata o art. 374, 11, depende de sentença passada em julgado, em ação e processo próprios. A jurisprudência tem visto a espécie do art. 374, II, como de revogação (Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de julho de 1908, RD 93/593; 2e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 nºe março de 1943, *RT* 140/224); e não de resilição. Mas o art. 374, li, evitou aludir a revogação, empregando o termo dissolver. Por outro lado, no texto anterior à Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, art. 1ª, o Código Civil, art.

374, II, aludia à dissolução do vinculo da adoção —quando o adotado comete ato de ingratidão contra o~adotante‖; a analogia com as doações não era a melhor A analogia era com a ação de deserdação (art. 1.744): —Além das causas mencionadas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: 1 - Ofensas físicas. II -

Injúria grave. III - Desonestidade da filha que vive na casa paterna. IV - Relações ilícitas com a madrasta, ou o padrasto. V - Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.‖ Diz o art. 1.595: —São excluidos da sucessão (arts.. 1.708, IV, e 1.741 a 1.745) os herdeiros, ou legatários: 1 - Que houverem sido autores ou

cúmplices em crime de homicidio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar. II - Que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra.

III - Que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens, em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.‖ Assim, também, o direito suíço (art. 269, alínea 2e). O adotante pode exercer a ação de revogação de doação ao adotado (arts.. 1.18 1-1.187), sem que exerça a ação constitutiva negativa do art. 374, II; ou deserdar, em testamento, o adotado, sem ir contra a adoção em si mesma (art. 374, II).

s.

A ação do art. 374, ii, é *constitutiva negativa,* de eficácia somente *ex nune.*

O genitor que não havia reconhecido o filho, ao tempo da adoção, não adquire o pátrio poder, porque o impede o fato de ser titular do pátrio poder a pessoa que adotou. Com a dissolução da adoção, ou com o distrato, ou com a morte do adotante (se éo único; *aliter,* se cônjuges adotaram), ou dos que adotaram, nasce o pátrio poder ao pai, ou mãe que reconheceu o filho após a adoção. O pátrio poder não mais nasce ao genitor que reconhecera antes da adoção e nela assentira; se não assentira, deveria ter promovido a anulação por falta de assentimento, dentro do prazo prescricional.

Capítulo III

Alimentos

§ 1.000. Definição e espécies de alimentos

1.

Definição. A palavra —alimento‖ tem, em direito, acepção técnica. Na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os —alimentos‖ compreendem tudo que énecessário ao sustento, à habitação, à roupa (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § 15: —... o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado e todo o mais‖), ao tratamento de moléstias (Coelho da Rocha, *Direito Civil Português,* 1. 219) e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e educação (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § 15: —E mandará ensinar a ler e escrever àqueles que forem para isso‖).

2.

Alimentos naturais e civis. Os alimentos podem ser naturais ou civis: *a)* alimentos naturais são os estritamente exigidos para a mantença da vida; *b)* civis, os que se taxam segundo os haveres do alimentante e a qualidade e situação do alimentado. Pelo direito antigo, quando se tratava de alimentos legítimos, entendiam-se os civis, e somente os naturais, quando se devessem por outros títulos. Convém advertir-se em que tal distinção não tem mais razão de ser, pois o Código Civil determinou que o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele é menor (art. L687). Só se devem considerar naturais, salvo disposição contrária das convenções, ou o costume a respeito, os alimentos prometidos que se tenham de regular pelo direito das obrigações.

3.

Legítimos, deixados, *prometidos.* Legítimos são os alimentos que se devem por direito de sangue *(iure* sanguinis), ou parentesco; e

deixados, ou *prometidos,* ou *obrigacionais,* os que se prestam em virtude de disposição testamentária, ou de convenção. Só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos *ex* dispositione iuris, constituem capítulo de direito de família; os convencionais ou obrigacionais ou *prometidos* e os *legados* pertencem ao direito das obrigações e ao das sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.

O dever de alimentação regulado nos arts.. 396-405 é dever *de direito parental.* O dever de alimentação entre cônjuges, no direito brasileiro, é somente de *direito matrimonial:* há o dever recíproco do art. 231,111, que supõe a sociedade conjugal, ainda que não exista de fato; e o dever do marido, que é o do art. 233, pois que lhe compete

—prover à manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277‖. Esse direito é que vai acabar por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, com a separação judicial litigiosa, com ceda projeção para além dela (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 19): —O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.‖; ou com a separação consensual (Código de Processo Civil, art. 1.121, lVd —a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. ; ou com o divórcio (Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª, II): —a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida.‖ Há ainda, o dever de alimentação entre os conviventes na *união estável* a que a Constituição de 1988, art. 226, § 39, se refere, duradoura, pública e continua, estabelecida pelo homem e pela mulher com o objetivo de constituição de família (Lei n0 9.278, de 10 de maio de 1996, art. 1ª). E, também, dever recíproco, que supõe a *entidade familiar* (Lei nº 9.278, art. 2ª, II, 2ª parte) sem na pressupor: —dissolvida a união estável por recisão‖, diz o art. 79, *pr.,"* a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.‖ Os deveres assistenciais previstos no *a)* Código Civil, art. 231, III, e na 14 Lei nº 9.278, art. 2ª, 11, que só existem durante a *a)* sociedade conjugal aquele e, este, na *b)* união estável, resultam de regra juridica cogente (Sobre o dever assistencial na sociedade conjugal, E. Ehrlich, Das *zwingende und nicht zwingende recht,* 177; E Scheppler, *Die Alimentationspflicht der* s.

Ehegatten, 3); são reciprocos (art. 231, pr., art. 2ª, *pr.),* inerentes à vida conjugal, de modo que se inserem na assistência mútua (M. v. Hussarek, *Die familienrechtliche Alimentation,* 685), personalíssimos,

irrenunciáveis, de tal modo que qualquer renúncia não entra no mundo jurídico, não suscetível de transação e de prescrição, de fixação somente de efeitos ajurídicos, salvo se não há vida no mesmo teto. O dever unilateral (cf. G. Sporleder, *Der Unterhaltsanspruch,* 14 e 65) do art. 233 do Código Civil (eventualmente, do art. 251) inere à chefia da sociedade conjugal, porém tinha para o marido o *plus* do antigo~art. 320 do Código Civil ou do art. 642, IV, do anterior Código de Processo Civil de 1939, hoje simetricamente verificado entre ambos os cônjuges, homem ou mulher (Constituição de 1988, art. 226, § S~ Código de 1973, art. 1.121, IV; Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, arts. 19 e 40, § 2ª, II). Ainda que se preste durante sociedade conjugal em casamento nulo ou anulável, são irrepetíveis os alimentos prestados pelo marido ou pela mulher, por se tratar de prestação de dever moral (art. 970; E. Burmeister, *Die Unterbaltspflicht der Ehegatten,* 10); mas cessa o dever de prestar ao cônjuge de má-fé desde que transita em julgado a sentença de nulidade ou de anulação, ainda que se tenha fixado pensão em anterior separação judicial. Tem-se procurado estabelecer confusão entre o dever de alimentos, que se regula nos arts.. 396-405, e o dever de alimentos entre cônjuges. O marido e a mulher não foram incluídos nos arts.. 396-398. O direito matrimonial é que rege os alimentos entre cônjuges. Não, o direito parental. O 2ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de setembro de 1949 (RT 182/69 1), advertiu no que expuséramos desde 1917. A sua interpretação dos arts.. 397 e 398 está certa: —Podem os parentes — são as palavras da lei. Os artigos imediatos apontam quais são esses parentes, ascendentes e descendentes, — art. 397, e irmãos, assim germanos como colaterais— art. 398. Além de tais pessoas, não subsiste a obrigação alimenlar. A regra é cada qual viver à sua custa. Por exceção, em casos especiais, comete-se aos parentes o encargo. Não permite a matéria, entretanto, por ser de direito estrito, interpretações analógicas ou extensivas. Cônjuge não é parente. E companheiro, sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal. Dissolvida que seja, torna-se um estranho, apenas impedido de casar, por motivos de ordem pública. Não seria justo, aliás, constranger um deles, após o desquite por mútua vontade, a sustentar o outro. Terminando o desquite a sociedade conjugal, extinguem-se esses deveres, salvo quanto ao último, —sustento, guarda e educação dos filhos‖, que persiste por especial determinação da lei (art. 381). Ora, se por força do desquite desaparecem as vantagens do casamento, tais como a assistência mútua, a vida em comum, lógico é que se ponha fim também aos ônus, entre os quais sobreleva o de manutenção da esposa.‖ No mesmo sentido, a 3ª Câmara, a 1ª de setembro de 1949 (182/801): —A mulher desquitada amigavelmente não tem direito de exigir alimentos do ex-marido, se

não assumiu ele tal obrigação no acordo homologado. Aí se disse, com acedo, que o direito da mulher a alimentos (Código Civil, art. 233, V) cessa com o desquite amigável, salvo cláusula em contrário firmada no respectivo acordo. A essa pensão alimentícia convencionada expressamente é que se refere o art. 645 do Código de Processo Civil. O direito a alimentos não é jrrenunciável por parte da mulher, ao firmar-se o acordo; homologado este, a circunstância de vir a necessitar deles, posteriormente, não lhe confere o direito de exigi-los do ex-marido; a não ser que a renúncia tenha decorrido de erro da parte dela, ou de dolo da parte dele, caso em que éanulável. Como acentua , só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos *ex dispositione iuris,* constituem capítulo do direito de família. E legítimos são os alimentos que se devem por direito de sangue (iure *sanguinis),* ou parentesco. A obrigação alimentar dos cônjuges (art.

231, III) éfundada no casamento, aliás, na sociedade conjugal, com a sobrevivência de que cogita o art. 320 e a suspensão do art. 234. Ora, o art. 320 se refere ao desquite judicial ou litigioso, sendo a mulher inocente; no amigável, os cônjuges combinam livremente, nada impedindo que a mulher renuncie aos alimentos.‖ Sem razão, a 49

Câmara, a 21 de setembro de 1950 (189/792).

Alimenta futura são os alimentos que se prestam em virtude de sentença, trânsita em julgado e a partir da coisa julgada. ou em virtude de acordo e a partir desse. *Alimenta praeterita* são os anteriores a qualquer desses momentos.

Os alimentos pretéritos são devidos desde que se compõe o suporte fático da regra jurídica sobre alimentos.

4. *Alimentos prouisionais.* Alimentos provisionais são os que se destinam a prover às despesas da causa e sustento do alimentário no decurso do litígio *(alimenta in litem);* têm por fim habilitar o autor com os meios de realizar seu direito. Os alimentos provisionais, ou pendente a lide, compreendem: a) o necessário à mantença, roupa, remédios etc; *b)* o necessário para a procura e produção das provas na causa de que se tratar; *c)* as custas e mais despesas regulares feitas em juízo; *d)* os honorários dos advogados; *e)* a execução da sentença. Tais alimentos são prestados à medida que se fazem necessários, ou são arbitrados, e, nesse caso, o alimentário não pode pedir mais do que aquilo que se arbitrou.

s.

§ 1.001. Pretensão e obrigação de prestar alimentos

1.

Cibaria, uestitus, habitatio, valetudinis impendia. Todo mdi-. víduo deve alimentar-se por si mesmo, com o produto do seu trabalho e rendimento; e somente recai em seus pais, ou parentes, a obrigação de prestar os alimentos legítimos, quando o alimentando não tem bens, nem pode prover, por seu trabalho, à própria mantença, isto é, não pode adquirir para si víveres *(ciba ria),* roupa *(vestitus),* casa *(habitatio),* ou não pode fazer despesas com remédios e médicos *(valetudinis impendia).* A obrigação de alimentar corresponde a pretensão a alimentos, de que deriva a ação de alimentos que nasce de não satisfazer a pretensão do alimentando a pessoa que é obrigada a alimentos. A prescrição liga-se à pretensão, e não à ação: começa de correr desde o momento em que poderiam ser exigidos os alimentos (art. 178, § 10, 1). E preciso ter-se toda a atenção quanto a isso.

A pretensão a alimentos, fundada nos arts. 396-405, é pretensão de direito de familia, que nada tem com o direito das obrigações. Não só se funda no parentesco; o parentesco, nas espécies que o Código Civil aponta, é, apenas, junto à necessidade do alimentando e à suficiência de recursos do alimentante, elemento do suporte fático. Do dever de alimentar deriva o direito a alimentos, pessoal, razão por que não se podem invocar regras jurídicas do direito das obrigações, analogicamente. No trato das relações jurídicas de que se irradiam direito e deveres alimentares devem-se separar, nitidamente, o que concerne à existência da sociedade conjugal, o que deriva da relação jurídica de pátrio poder, inclusive em caso de adoção, e o que provém da relação jurídica paternofílial, ou maternofilial.

Não há dever e obrigação de alimentos entre cônjuges separados judicialmente, nem entre divorciados, salvo se fixados em sentença ou acordo (Supremo Tribunal Federal, 23 de outubro de 1952, *Ai* 108/22: —o direito a alimentos não é irrenunciável por parte da mulher, ao firmar o acordo para o desquite; homologado esse, a circunstância de

vir a necessitar deles posteriormente não lhe confere o direito de exigi-los do ex-cônjuge, salvo se a renúncia assentou em erro de sua partç ou em dolo da parte do marido, caso em que se lhe dá ação para anular o ato assim eivado de nulidade‖; 2ª Turma, 8 de julho de 1947, RT 181/932; Tribunal de Justiça do Ceará, 9 de agosto de 1951: —Só no desquite judicial é que o marido é obrigado a prestar alimentos à mulher, se ela épobre e inocente. Não o é, em verdade, no desquite por mútuo consentimento. No desquite consensual, ds cônjuges podem regular, a seu bel-prazer, as condições de dissolução da sociedade conjugal. Os alimentos do desquite communi *consensu* não podem ser senão os do acordo. Em verdade, só os parentes é que não podem renunciar ao direito a alimentos. Outra não pode ser a exegese do art. 404 do Código Civil brasileiro. Não se pode dar a esse artigo interpretação literal. Com efeito, trata o art. 404 do Código Civil de divida alimentar *iure sanguinis,* e não de alimentos entre cônjuges, tanto assim que está colocado no capítulo VII do título V, inscrito sob a rubrica — *Das relações de parentesco* —

ao passo que o art.

318, que se ocupa do desquite, por mútuo consentimento, dos cônjuges que forem casados por mais de dois anos, está colocado no capítulo 1 do título IV, inscrito sob a rubrica —

Da dissolução da sociedade conjugal e da

proteção da pessoa dos filhos", e 5 de maio de 1952, *AJ* 108/382; 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 14 de abril de 1953, *Ai* 107/395; discordante, o 49 Grupo de Câmaras Civeis, a 14 de maio de 1952, 107/379:

—O fato do art. 320 somente se referir ao caso do desquite judicial não significa que só então a mulher tenha direito a alimentos. E evidente que o direito a alimentos não resulta da circunstância do desquite ser litigioso, mas é Consequência do casamento, que persiste após o desquite, litigioso ou não, e que deve ser fixado pelo Juiz, na sentença em que o desquite litigioso for decretado. Tendo direito a alimentos, segundo a norma dos arts. 231, III, e 320 do Código, a mulher desquitada pode deixar de exercer esse direito, sem que possa a ele renunciar, segundo a norma genérica do art. 404 do Código:

—Pode-se deixar de exercer mas não se pode renunciar o direito a alimentos.‖ O Código de Processo Civil, complementar ao Código Civil, obedeceu ao mesmo sistema quando ordenou como essencial ao desquite amigável que os cônjuges declarem na respectiva petição —a

importância ajustada para criação e educação dos filhos e da pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não dispuser de bens suficientes para manter-se‖ (art. 642, IV). Nos termos desse dispositivo, pode a mulher deixar de exercer o direito a alimentos quando dispuser —de bens suficientes para manter-se‖. Desde, porém, que necessite de pensão alimentícia por não ter bens para manter-se, não pode renunciar à pensão, e muito menos pode fazer renúncia antecipada, no caso de no futuro vir a necessitar de alimentos.

A proibição de renúncia a alimentos está no Código Civil (art. 404) e no Código de Processo Civil (art. 642, IV). Isso, do ponto de vista legal. Do ponto de vista lógico, não nos parece razoável que se atribua ao divórcio canônico acolhido em nosso Código (mera separação entre os cônjuges, com afrouxamento dos vínculos obrigacionais entre os cônjuges) efeitos mais radicais do que os que resultariam do divórcio absoluto (que deixa subsistir obrigação alimentar).‖ Tem-se repelido o pedido de fixação da pensão se houve renúncia a ela, ainda que por omissão (49

Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3 de junho de 1941, *RT* 135/209, e outubro de 1952, *Ai* 106/334:

—Como consta do relatório, a ação foi proposta com o pedido de revogação pura e simples do acordo homologado, relativo ao desquite do casal da autora, arrependida do que chama, na inicial, de um gesto de orgulho que a levou a desistir de uma pensão alimentar por parte do marido, cuja situação financeira melhorou após o desquite, enquanto s.

que a dela, autora, se agravara. Não se trata aqui, como observou o doutor Procurador Geral, de um aumento de pensão, mas da revogação pura e simples de uma cláusula do acordo como se esse fosse modificável a todo tempo por vontade das partes. Fora dos casos em que se anulam os demais atos jurídicos, ou o interesse de menores filhos do casal, isso não épossível. O acordo homologado é firme e válido. A jurisprudência não é no sentido que se alega. O

que o Supremo Tribunal Federal afinal passou a admitir, embora ainda por simples maioria, é que, havendo, no acordo, direito a alimentos, o *quantum* da pensão pode ser aumentado ou diminuído de acordo com a norma legal relativa aos demais casos da obrigação alimentar, dos quais não diversifica o pactuado no desquite. Aqui, o de que se trata é de criar obrigação nova que os contraentes não tiveram em vista, e por vontade de um deles apenas. Esse pedido é contrário ao direito, e

não tem suporte lei‖; 6ª Câmara, 18 de outubro de 1949, 95/319: —Relativamente à pensão alimentícia do marido àmulher, se esta não dispuser de bens suficientes para manter-se, não é ela essencial, presumindo-se, em sua ausência, que cada cônjuge proverá à sua subsistência. A mulher pode renunciar àcontribuição dos alimentos pelo maridç. O que não podem os cônjuges é renunciar aos alimentos para os filhos, por ser irrenunciável o dever inerente ao pátrio poder‖; e 8 de junho de 1951, *RT* 194/794; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 3 de novembro de 1942, 146/782, mas, discordante, a Câmara Cível do mesmo Tribunal, a 16 de novembro de 1939, 130/185; Seção Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de agosto de 1950, 189/895, mas discordante a 1ª Câmara, a 28 de março de 1950, 186/619, a 2ª Câmara, a 10 de outubro de 1944, 155/727, a 4ª

Câmara, a 5 de fevereiro de 1948, 173/305, e a 5C Câmara, a 12 de setembro de 1947, 170/575). Sem razão, a 1ª

Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 12 de abril de 1949 *(RF* 129/521): —Dada a natureza contratual da pensão alimentícia estipulada no desquite por mútuo consentimento, a majoração da mesma, reclamada pela apelante, importando alteração do acordo avençado, não pode ser obtida senão pela forma por que foi estabelecida, isto é, pelo concurso de vontades das partes contratantes. A pretensão da apelante carece de qualquer base legal, não a amparando a norma do art. 401 do Código Civil, por ser peculiar aos alimentos devidos *jure sanguinis,* ou sejam, os regulados no Capitulo VI do Título IV daquele Código. Entre marido e mulher não existe relação de parentesco algum, e sim estado de casado, em que se assenta a obrigação legal (Código Civil, arts. 233, V

e 234) de sustento, à mulher, pelo marido. Esta obrigação legal, porém, se extingue com a cessação daquele estado, ou seja, com o término da sociedade conjugal, decorrente de qualquer dos fatos preestabelecidos pelos incs. 1,11 e III do art. 315 do Código Civil, entre os quais o desquite amigável ou judicial. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, encontra amparo legal na obrigação imposta pelo art. 320 do Código Civil ao marido, o cônjuge culpado, de prestar-lhe pensão alimentícia. Em se tratando, porém, de desquite amigável, excludente da indagação da existência de cônjuge culpado, a lei faculta aos cônjuges desquitandos regularem sua situação de comum acordo, sujeito este à homologação judicial. Destade, quando estabelecerem, reguIando seus direitos e obrigações em face um do outro, não poderá ser alterado senão pelo concurso das vontades de ambos, fonte dos mesmos direitos e obrigações. E o que sucede no

desquite amigável, com as limitações impostas pelos princípios de moralidade e ordem pública.‖ Temos, aí, precisamente, o problema de se ter de atender, ou não, no tocante a alimentos que se fixaram na separação judicial (ou no divórcio), quer consensual, quer litigiosa. Tem-se de responder se, a respeito de tais alimentos, há, no sistema jurídico brasileiro, regra jurídica que corresponda àdo art. 401, inserta no capitulo concernente aos alimentos entre parentes.

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts.. 397

e 49), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, éaquele que se depreende do art. 1.537, inc. II, da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também —na prestação de alimentos às pessoas a que o defunto os devia‖. No Código Civil alemão, § 844, explicitamente se disse que a obrigação de reparar também cabe quando o terceiro, ao tempo da concepção, estava concebido, porém ainda não nascido. O legislador alemão procurou extrair das relações sociais (jurídicas, na espécie) a regra, que inscriu como última alínea do § 844. O princípio de identidade do método científico aponta-nos o mesmo caminho; e, diante das relações que no Brasil sugeriram o art. 4ª, haveremos de chegar aos mesmos resultados. Durante a gestação, pode ser preciso àvida do feto e à vida do ente humano após o nascimento outra alimentação e medicação. Tais cuidados não só interessam à mãe; interessam ao concebido. Por outro lado, há despesas para roupas e outras despesas que têm decser feitas antes do nascimento, pelas exigir a pessoa logo ao nascer.

Estatui o Código Civil, art. 396: —De acordo com o prescrito neste capitulo, podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir.‖ E o art. 397: ‗O direito à prestação de alimentos é recíprço entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.‖ Completa o art. 398:

—Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem da sucessão e, faltando estes, aos irmãos assim germanos. como unilaterais.‖ Não há dever de alimentos entre afins

(2C Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de janeiro de 1947, *RE* 112/375).

s.

Não temos a regra jurídica, *de jure* condendo desacertada, do direito comum, nem a que se estatuiu no Código Civil alemão, § 1.613, que revelou certa confusão entre direito, pretensão e ação, fazendo depender da mora a dívida. Os alimentos pretéritos podem ser devidos sem que se tenha posto em mora o alimentante. Não importa se o obrigado não caiu em mora, nem se não conhecia o paradeiro do alimentando. Dir-se-á que a exigência da mora evita que o devedor de alimentos, ignorando a necessidade do alimentando, ou o próprio dever de alimentar, deixe de restringir

— no tempo pretérito — as próprias despesas e inversões, para atender ao dever de alimentar. E isso matéria de defesa para o cômputo justo do que há de prestar quanto ao passado. Se alguém prestou os alimentos, a título de empréstimo, ou sem receber o pagamento, o alimentante deve-os como os deveria a quem fosse gestor de negócios sem poder de representação; salvo se esse terceiro prestou tais alimentos por ter consigo, em luta com o pai, ou mãe, ou outro parente obrigado a alimentos, o alimentando *(e.g.,* mãe que foge com o filho para o estrangeiro e perde a questão concernente à guarda do filho). O terceiro tem a ação de reembolso. Se o devedor de alimentos, reclamados esses, os deixa de prestar, tem o alimentando a ação pelos alimentos pretéritos e a ação de indenização pelo dano que o desatendimento do seu pedido lhe causou. As casas de beneficência e de assistência a pobres têm ação contra o devedor de alimentos ou contra o alimentando, que os vai receber ou recebeu, pelo que desembolsaram.

Duas vezes erradamente se decidiu que os alimentos pretéritos não se podem pedir (* *In praeteritum* non *viu* itur).

Assim, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de abril de 1942 *(RT* 139/665), aventurou, com autores italianos:
—Condenado o apelado a prestar-lhes alimentos, pretendem os apelantes que a condenação também se estenda ao passado, para abranger alimentos pretéritos. Não têm razão. *In praeteriturn* non *viu itur.* A obrigação alimentar familiar, ao contrário do que ocorre nos casos de alimentos devidos em virtude de convenção, testamento, delito ou quase-delito, não surge somente com a concorrência dos

requisitos legais (parentesco, necessidade do alimentando e capacidade econômica do alimentante), sendo de mister que se instaure instância a respeito‖; a 2ª

Câmara, a 17 de julho de 1945 (158/234):

—Quanto aos alimentos pretéritos, não tem razão o autor. Desde logo se verifica que, embora tenha alegado que contraiu dividas para atender ao seu sustento, o autor se descuidou, por completo, de fazer a necessária prova. Além disso, os alimentos — pondera Carvalho Santos — visam a manutenção e o sustento da pessoa, que é uma necessidade presente ou futura: in *prateritum non viu jtur.* A necessidade não se refere ao passado, nem o direito diz respeito às necessidades pretéritas *(Código Civil Interpretado,* VI, 162). Por isso é que a lei dispõe que os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos que necessitem para subsistir Código Civil, arE 396.‖ Violou-se, com isso, a lei. Em vez de se apegarem a autores estrangeiros, deviam os juizes raciocinar com o texto da lei: o art. 178, § 10, 1, que fixou em cinco anos a prescrição da pretensão às prestações das pensões alimentícias. Se os alimentos pretéritos não mais fossem devidos ou não persistissem as pretensões e ações, haveria prazo preclusivo, de que o Código Civil não cogitou. Ora, em vez disso, se estabeleceu o dever de alimentos e se estabeleceu a prescrição da pretensão após cinco anos. A regra do direito comum *In *proeteritum non uivitur* (O. Schanze, Zur Lehre vom Alimentationsanspruch, *Archiu fui- die civilistisebe Prcixis,* 69, 246 s.) não entrou no direito luso-brasileiro, nem no brasileiro, tanto assim que, em torno da L. 2, D., *de feriis et dilationibus* et *diversis temporibus,* 2, 12, e das Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 18, 6 (Ordenações Afonsinas, Livro 111, Título 36, § 6; Manuelinas, Livro 111, Título 28, § 6), se distinguiram as ações sobre alimentos futuros, que eram ordinárias, e as ações sobre alimentos pretéritos, que eram sumárias (Manuel de Almeida e Sousa, *Segundos Linhas,* 1, 361). Naturalmente, a situação posterior do alimentante não poqe ir completar, no passado, o suporte fático da regra jurídica, de modo a nascerem, no passado, o dever e a pretensão de alimentar (cf. R. Buengner, *Zur Theorie und Pmxis der Alimentationspflicht,* 42, nota 5). O que importa, portanto, é saber-se se em algum momento do passado se compôs o suporte fático, dando ensejo a nascerem direito e pretensão de alimentos. Não se vive no pretérito; mas *viveu-se;* vivendo-se, custeou-se, sem poder, empenhando-se o futuro, o com que se viveu.

2.

Se o *parente* os *pode prestar* Para que exista obrigação alimentar, é também necessário que a pessoa a quem se reclamam os alimentos os possa fornecer sem privação do necessário ao seu sustento. Diz o art. 399: —São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e o de quem se reclamam pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.‖ A idoneidade para se manter com o próprio trabalho é questão de fato, que a lei deixa ao exame e à decisão do juiz. Cumpre, porém, observar-se que os alimentos são devidos: o) Na constância da menoridade, ainda que possuam bens, se são casados os pais, pois que um dos efeitos civis do casamento é obrigar os cônjuges a sustentar, guardar e educar os filhos (art. 231, IV). A ação compete ao filho diretamente contra o casal, ou contra o pai (art. 233, IV), porque é a ele que se atribui a obrigação de manter a família, ou, na falta desse, à mãe, e vice-versa. *b)* Ainda que a impossibilidade provenha de caso fortuito ou culpa do alimentário menor ou maior. Por exemplo: se dissipou os seus bens (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* 11, 252-254), ou se é reconhecídamente pródigo; quando ao tentar suicidar-s.

se, se inutilizou fisicamente para o trabalho etc. *c)* Ainda que o alimentante houvesse doado bens ao alimentando e esse os desperdiçasse. Exemplos: se os pais, em doações, adiantam legítimas dos filhos e esses as dissipam (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* 1, § 5, n0 13; Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* II, 253: —Ainda que o pai ofereça antecipadamente ao filho a sua legítima‖). *d)* Se o que pretende alimentos pode obter por empréstimo o que dê para se sustentar até que o seu trabalho ou a renda dos seus bens lhe possa prover ao sustento, não há o pressuposto de não poder sustentar-se (Th. Kipp, *Lehrbuch* li, *2,* 18 e2Oª ed., 415). *e)* O estar alguém a sustentar o alimentando, ainda que se trate de instituição estatal ou paraestatal, se o não faz em virtude de relação jurídica entre o terceiro e o necessitado de alimentos, de modo que pode suspender a prestação, não é óbice à pretensão contra o parente que deve prestar (O. Warneyer, *Komt-nentar,* II, 754). Nem no é a circunstância de se achar em estabelecimento de investigação, de correção, ou penitenciário (Th. Engelmann, *cl. v. Stoudingers Kommentar,* IV, *2,* 815). Se o devedor de alimentos obtém negocialmente que outrem se obrigue a alimentar, a pretensão a alimentos somente é exercivel contra ele pelo que falta ou pelo que deixa de ser prestado, ou pelo que não está assegurado que se preste. Não pré-exclui o dever de alimentos ter derivado de culpa do alimentando a situação, em que se acha, ou vai se achar, de necessidade.

O contrato pelo qual o alimentante reconhece o dever de alimentar e fixa a prestação não pode ser anulado por erro, ou revogado, se vem a provar-se que não precisava de alimentos o alimentando, ou que deles não precisava na medida em que foram fixados. Não é, porém, de excluir-se a anulabilidade por erro ou dolo do alimentando se foi reconhecido direito a quem não no teria, ou por dolo, se foi excessiva a prestação.

Os alimentos devidos pelo casamento, e não pelo parentesco, passam à frente dos que os parentes é que teriam de prestar. O cônjuge do alimentando é devedor antes dos parentes desse. Tratando-se da mulher, incidem os arts. 233, IV. 275 e 277 (cp. arts. 256 e 312), sem ser preciso que a mulher alegue não os ter (= necessitar de alimentos).

Quanto ao marido, tem de invocar os arts. 275 e 277, ou a falta de meios (art. 231, III: —Mútua assistência‖). Portanto, se o marid?i‘ não alega e prova que lhe faltam alimentos, não é obrigada a eles a mulher. Somente se a mulher precisa de alimentos e o marido não os pode prestar, ou se o marido precisa de alimentos e a mulher não os pode prestan é que se podem pedir aos parentes. Se houve divórcio ou separação judicial e o outro cônjuge ficou obrigado .a alimentos, só se obrigam os parentes na medida em que esses alimentos não bastem ou não os possa prestar mais ou sem remédio legal não os preste o cônjuge.

Os filhos havidos fora do casamento, e por adoção, têm o mesmo direito que os havídos na constância da sociedade conjugal (3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 12 de janeiro de 1952, *PJ* 55/50).

3. Recursos do a!imentante. Quanto ao requisito de poder fornecêlos o alimentante, sem ficar privado dos meios de que precisa para seu sustento, convém notar que não se trata de recursos que se requeiram para as despesas de representação, mas os estritamente necessários à mantença da vida. Na observância de tal requisito deve-se atender a que: *a)* A divida alimentária é relativa aos rendimentos, e não ao valor dos bens, o qual pode ser grande e pequeno o rendimento (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 254: —Os alimentos são tirados dos réditos dos bens: assim, o pai não pode ser obrigado a vender a propriedade de seus bens, como terras, apólices, para concorrer a alimentos‖). Era o que pensava Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de*

Uso *Prático,* II, 265), firmado em Manuel Bagna Quaresma, em Antônio Gomes e em Manuel Álvares Pêgas. *b)* O que exceder ao necessário (com parcimônia) para prover à mantença do alimentante, deve ser dado ao alimentando, ainda que não seja suficiente à alimentação desse, pois há de reclamar de outro parente o que lhe falte. A obrigação de alimentar não é indivisível: *quamois enim quis pra parte vivei-e* non *possit,* dizia Dumoulin, *tamen alimenta dividua sunt, id est, res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus proestari possunt ut natura et experien tia docent.* A lei estabelece a ordem segundo a qual as pessoas são sucessivamente obrigadas à prestação dos alimentos; mas isso não obsta a que, não podendo um parente fornecer toda a quantia necessária, sejam chamados dois ou mais, obedecendo-se, todavia, aos graus da ordem legal. c) A pessoa obrigada a suprir alimentos pode pensionar o alimentando, ou dar-lhe em casa hospedagem e sustento (art. 403). Mas isso não a exime de dar-lhe roupa, medicamentos necessários, e de educar o alimentando, se é menor. *d)* A pensão alimentícia, quando em dinheiro, pode ser feita em prestações mensais, trimestrais, ou semestrais, ou, ainda, se preciso for, de semana em semana. Conforme as circunstâncias, a pensão consiste, segundo a determinação do juiz, em espécies, como em frutos (Manuel Almeida e Sousa, *Ações Sumários,* II, 214), ou se faz por meio de adjudicação dos rendimentos de prédio, se mais convém ao alimentando ou assim o decide o juiz, e se tais rendimentos bastam. Se outros meios parecem ao juiz mais seguros e convenientes, compete a ele fixar a maneira de serem prestados os alimentos (art. 403, parágrafo único). Adjudicação, dissemos; pode tratar-se apenas de convenção entre as partes *(e.g.,* procuração em causa própria), *e)* A obrigação de alimentar não é solidária, porque a solidariedade não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes. Por não ser solidária tal obrigação, s.

segue-se que cada uma das pessoas chamadas a prestar alimentos somente responde pela quota que lhe cabe. O

chamado, que se privaria, prestando o todo, pode indicar outros da mesma classe. Se há dois ou mais devedores do mesmo grau, podem ser demandados alguns ou todos, ou um só. O réu pode requerer a citação dos outros devedores, ou deixar que a ação prossiga, ficando a ação de reembolso contra os outros, se for o caso. Não devemos estabelecer a solidariedade sem regra jurídica a respeito (sem razão, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de novembro de 1947, *RT* 172/609: —Efetivamente, o credor de alimentos tem o direito de acionar qualquer um de seus devedores, à sua escolha, dele exigindo o pagamento de toda a divida alimentar.‖). Cada obrigado

pode exigir que se lhe determine a quota. Não pode prevalecer contra o sistema jurídico brasileiro que não se inspirou no francês o que na literatura francesa se tem resolvido, criando-se solidariedade (cf. art. 896). O poder o alimentante prestar os alimentos é pressuposto do dever de alimentar, que se tem de dígcutir na ação de alimentos, que écondenatória (sem que se exclua poder-se propor ação somente declaratória). Não se pode deixar à ação *iudicati* (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 755). Na execução, o que se pode discutir é o quanto a ser prestado, se havia conveniência em deixar-se à execução.

Se são duas ou mais as pessoas a que o devedor de alimentos os há de prestar e não pode ele prestá-los a todas, os descendentes preferem aos ascendentes; entre os descendentes, os que são mais próximos (= os que herdariam), sem distinção, contudo, quanto a terem sidos havidos de relação de casamento, ou fora dela; entre os ascendentes, os mais próximos. (O cônjuge prefere aos descendentes e ascendentes e aos demais parentes.) 4. *Enterro.* É por conta do alimentante a inumação, se o alimentado não deixou dinheiro suficiente para isso, ou se não pode sair da herança dele. Cumpre, porém, observar-se que se não confundem a obrigação de pagar enterro e outras semelhantes despesas e a de cuidar pessoalmente disso. (Frisou-se a diferença, com razão, por ocasião da feitura do Código Civil alemão, conforme se vê nos *Motive,* IV, 699, e V, 535.) A paga dos funerais não induz aceitação da herança (art. 1.581, § 21. A obrigação de cuidar do enterro. oriunda de direito público, nada tem com a de pagar as despesas, nem com a obrigação de cuidar do enterro, oriunda de normas do direito privado.

Se o réu não pode prestar os alimentos nasce-lhe objeção, e não exceção; e basta o perigo de, prestando-os, virem, provavelmente, a fazer-lhe falta. Tratando-se de mulher casada, ou de varão casado, para o quanto que satisfaça o dever de alimentar leva-se em conta a metade dos rendimentos comuns dos bens particulares do alimentante e os rendimentos não-comuns. Se o cônjuge tem filhos de leito anterior que sustente, desconta-se o importe disso. O

padrasto ou a madrasta não tem de manter os enteados, de modo que não se desconta o com que o alimentante concorre para esses.

5.

Concurso *de obrigações alimentares.* Se o alimentante é devedor de mais

de uma pensão alimentar e não pode satisfazer a todas, dá-se o concurso *de obrigações* alimentares, caso especial e típico de concurso. As diminuições são *pro rata;* mas, provado que a pensão alta, fixada a um, o foi devido a situação do reclamante e que o abatimento percentual de outra, ou outras, atinge a comida ou outras necessidades imediatas, procede-se de modo que o essencial à vida fique equitativamente assegurado a todos-6. *Parentesco fora da relação do* casamento. Não há qualquer distinção entre parentesco fora da relação do casamento, ainda espúrio, e parentesco na relação do casamento, no tocante a alimentos, O pai é obrigado a prestá-los ao filho havido, ou não, da relação do casamento; o filho, ainda havido fora da sociedade conjugal, é obrigado a prestá-los ao pai, como o concebido na relação do casamento o seria. (Antes mesmo da Constituição de 1988, art.

227, § 6ª, a espuriedade não era mais obstáculo, salvo se havia infringência do art. 364 do Código Civil, ressalva, hoje, inexistente). Concorrem igualmente à prestação filhos havidos, ou não, na constância da sociedade conjugal, se bem que, atendendo-se aos recursos de cada um, possa ser diferente a quota deles: cada um presta segundo o que pode, de modo que ás vezes o havido fora do casamento presta mais e o havido na sua constância menos, outras vezes o concebido na constância da sociedade conjugal presta mais que o concebido fora da relação do casamento. Dá-se o mesmo entre o parentesco por adoção e o parentesco consangúineo.

7. *Pensão alimentícia.* A pensão alimentícia pode ser em capital que dê a renda? Responderam negativamente W.

Henle *(Búrgerliches Gesetzbuch,* 9ª ed., nota 3 ao § 1.612), K. Unzner (em G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* 3ª

s.

ed., IV, 456), W. von Blume *(Das Familienrecht,* 478); com eles, — Otto Warneyer *(Kommentar,* II, 766); afirmativamente, 1h. Engelmann-Keidel (Familienrecht, *J.* ix *Staudingers Kommentar,* 7ª-8ª ed., IV, 838). Parece-nos que se deve distinguir: a entrega de capital com livre disposição desatende aos fins dos alimentos; a entrega por meio de doação, de usufruto, ou de bem gravado com inalienabilidade mediante a figura da renda constituída sobre imóvel, ou a figura da anticrese, pelo montante das pensões até a extinção da obrigação alimentar é perfeitamente aceitável.

Veja-se o nosso comentário ao Código do Processo Civil de 1939, arts. 911 e 912. Estatui o Código de 1973, ad 734:

—Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito á legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.‖ No parágrafo único: —A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por oficio, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.‖ Na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, art. 17, lê-se: —Quando não for possivel a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.‖

No Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 15, diz-se: —Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legítimo se o tiver‖ Sobre desconto em folha de pagamento de quotas de subsistência de mulher e filhos, pelo dado histórico vejam-se o Decreto-Lei nº 845, de 9 de setembro de 1928, o Decreto-Lei nº 6.026, de 24 de novembro de 1943, art. 12, e o antigo Código de Menores, art. 41: —O juiz ou tribunal, ao pronunciar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela, fixará a pensão devida pelo pai, ou pela mãe, ou pessoa obrigada à prestação de alimentos.‖ No Código Penal, art. 244, diz-se, ao se tratar dos crimes contra a assistência familiar:

—Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários, ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou marjorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário minimo vigente no Pais.

8.

Fraude contra credores. O alimentando é credor desde que se compôs o

suporte fático (= satisfizeram-se todos os pressupostos), e não somente desde que propôs a ação de alimentos. Por isso mesmo, tem a ação de anulação por fraude contra credores (arts. 106-113). O que fraudulentamente se alienou há de se computar como do alienante em fraude, para se saber se estava em situação de poder prestar os alimentos aquele que fraudou (Hamm, Ehevedrag zwecks Umgehung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, *Deutsche iuristen-Zeitung,* 10, 54 s.; lmholff, 10, 209 s.), ainda que o negócio juridico fraudulento seja pacto antenupcial. Não éanulável por fraude contra credores o pacto antenupcial pelo qual o alimentante nada transfere e evitou a passagem dos bens do outro nubente à comunhão universal ou parcial de bens para não aumentar os seus rendimentos.

9.

Escalas dos devedores de alimentos. Sempre que um parente que estaria obrigado a prestar alimentos, ou que esteve a prestálos, passe a não poder prestá-los, tem de os prestar quem venha após ele, na escala dos devedores de alimentos. Dá-se o mesmo se o que os deveria se acha em território estrangeiro e dificilmente se poderia acionar. O

ônus da prova de que se dá uma dessas espécies toca, ai, ao alimentando, porque está inclusa na afirmação de necessidade a alegação de faltar o legitimado passivo anterior na escala. Se algum presta, em vez de outro, que por ausência, ou motivo semelhante, não prestou, mas era o devedor, tem o que lhe fez as vezes ação de reembolso, ou a de repetição se o alimentando vem a receber do outro parente os alimentos atrasados. Dá-se o mesmo, se algum prestou apenas a quota que lhe foi marcada.

10.

Alimentos e serviços dos filhos. O dever, que tem o filho, de prestar serviços não deriva só do pátrio poder, —

deriva do fato de viver em casa do pai, ou da mãe; porém são pressupostos de tal dever: *a)* tratar-se de casa, ou profissão, ou trabalho do pai, ou da mãe, e *b)* serem proporcionais tais serviços às possibilidades fisiológicas e à situação social do filho- Serviços a terceiro podem ser serviços aos pais, se são necessários à educação dos filhos, não podendo os pais por outro modo prover a ela. Tal dever dos filhos não é limitado, no tempo, à capacidade. Filhos maiores, que

vivem em casa dos pais, têm o dever de serviços; daí, por exemplo, não poderem tais filhos cobrar ao pai, ou à mãe, a operação que nesses fizeram, ou que em pessoa dependente deles, sem recursos, fizeram, nem se ter de descontar da legitima o que o pai, ou mãe, ou ambos deram por esses serviços (trata-se de doação, e não de remuneração injustificada de serviços, que se pudesse repetir; sem razão, A. Coulin, Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder, *Archiv* for *Búrgerliches Recht,* 42, 376). Quanto àaptidão, somente neles se aprecia; quanto s.

à posição social do filho, tem ela algo de influência da posição dos pais, mas até que ponto esse influxo eleva ou baixa a posição social do filho é *quczestio* Jacti (por exemplo, o filho do lenhador, que estuda medicina, não pode ser obrigado a ir à mata cortar árvores; se esse auxílio é indispensável à paga das contribuições universitárias, é outra espécie que surge e se apresenta sob outro aspecto).

O que o pai ordena ao filho que faça não são ofertas de contrato, inclusive de mandato, mas, simplesmente, exercício de direito de obter serviços, em ato unilateral de instruções. O cumprimento é de dever legal, ainda quando não haja recebido ordens, espécie em que não é, em relação ao genitor, gestor de negócios alheios, mas como devedor de serviços, *ex* leqe, que cumpre o dever. A responsabilidade é por culpa (por analogia, arts. 878-881, 1.056, 1.057, alinea 2ª, 1.058). Idem, quanto ao genitor. Se, por serviços, prestados, o filho, que o genitor não era obrigado a sustentar, ou ter em casa, vive em casa do genitor. não se torna por isso contraente de trabalho, nem locador de serviços: persiste a relação jurídica paternofilial, ou maternofilial, salvo se se perfaz, sem dúvida, tal contrato, como se ficou estabelecido qual o serviço a prestar-se e se foi caracterizada a prestação pelo genitor. Sempre que o genitor dá algo ao filho que presta serviços em virtude do dever legal, há doação, e não retribuição. Se o filho viola o dever de prestar serviços, a sanção pode ser a de castigos moderados (art. 395, 1). Se o filho que se sustenta a si mesmo, vem à casa paterna ou materna servir ao pai, ou à mãe, e recebe remuneração determinada, não há doação.

O genitor que tem direitos a serviço do filho tem pretensão a que os preste e a ação de condenação. Em relação a terceiros, a pretensão *ex lege,* do pai, ou da mãe, tem por efeito poder ser pedida pelo pai, ou pela mãe, indenização se o filho morre, ou é prejudicado em sua aptidão a prestar os serviços.

§ 1.002. Quem é obrigado a prestar alimentos aos filhos

1.

Pais e regime matrimonial *de* bens. Na constância da sociedade conjugal, os filhos menores, devem ser alimentados à custa de ambos os pais, qualquer que seja o regime de bens. Os bens comuns e os frutos não-incomunicáveis são os bens que *primeiro* se obrigam no regime da comunhão universal: *Legitimi, constante matrimonio, de communibzis bonis alendi sunt* (Meio Freire, *Institutiones,* II, 136; Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 99, *pr.:* —enquanto durar o matrimônio‖). Na falta desses, os bens particulares do pai e depois os da mãe, porque a obrígaçao de prover à mantença da familia primeiro compete ao marido e só subsidiariamente à mulher (art.

233, IV).

2.

Regimes matrimoniais de bens. No regime da comunhão limitada ou parcial, ficam obrigados os bens na ordem seguinte: os comuns, os do marido, os da mulher. No regime da separação, os do marido e a contribuição dai mulher; por último, os da mulher.

No regime dotal, a obrigação recai nos frutos dos bens dotais e dos extradotais, que se hajam comunicado, e, na falta desses, nos frutos dos bens particulares do marido; em seguida, dos parafernais incomunicáveis. Se os frutos não bastam. os bens comuns, os particulares do marido e osparafernais incomunicáveis. Se os cônjuges estão em extrema necessidade, podem ser alienados para esse fim os próprios bens dotais.

3.

Separaçâo consensual. No caso de separação consensual, observa-se o que os cônjuges acordem sobre a guarda dos filhos menores, obrigando-se e respondendo cada um pelo que haja prometido. A homologação do juiz, que se requer para se integrar a separação consensual, tem por fim, entre outros, julgar suficiente a quota com

que os cônjuges separados consensualmente concorrem para os alimentos da prole, ou as cláusulas quanto ao modo de exercer os seus deveres de pai e de mãe. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial; se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, diz a Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 34, § 2ª Se um dos pais, depois da separação consensual, não cumpre o que lhe competia, pode o juiz, a pedido do filho, ou de quem por ele fale, em ação de alimentos, separar bens necessários a prover, com os rendimentos, à alimentação do menor. Caso não possua bens o pai, nem o seu trabalho baste ao próprio sustento, ao filho cabe pedir alimentos à mãe, que será obrigada a prestá-los, se pode, ainda que o contrário se assentasse no ato da separação consensual. Inversamente, se à mãe, que prometeu alimentar o filho, não é possível cumprir o acordado, fica obrigado o pai, pois que a obrigação alimentar entre parentes, originando-se *ex dispositione* iuris, não pode ser elidida por simples pactos ou convenções.

4.

Separação litigiosa. Se a separação litigiosa é fundada na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 59, s.

pr, os filhos menores são entregues ao cônjuge que a ela não houver dado causa, e o juiz fixa a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro. Se ambos são responsáveis pela separação judicial, a mãe ficará com os filhos menores, salvo se o juiz verificar que dessa solução poderá advir-lhes prejuízo de ordem moral. Dando-se a separação judicial por ruptura da sociedade conjugal há mais de um ano consecutivo, com impossibilidade de sua reconstituição, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam por ocasião dessa ruptura. Se a separação judicial é após a separação fática referida no art. 59, § 2ª, da Lei nº 6.515, estando um dos cônjuges acometidos de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossivel a continuação da vida em comum, serão os filhos entregues ao cônjuge que estiver em condição de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Havendo motivos graves, pode o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente a situação deles para com os pais. Sempre que todos fiquem com um só dos pais, o outro

tem de contribuir para o sustento da prole. (Quando o Código Civil emprega, em se tratando de parentes, a palavra

—sustento‖, deve-se entender que se refere a alimentos *civis,* e não a alimentos *naturais.)* No caso do art. 10, § 2ª, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, os deveres alimentares dos pais permanecem.

5.

Alimentos prestados pelos pais. Os alimentos que hão de ser prestados pelos pais, em virtude do art. 397, têm de ser em partes iguais, se os recursos deles forem os mesmos ou quase iguais. Quando, porém, esteja o filho sob o pátrio poder, os alimentos são devidos primeiro pelo pai (Cf. Oskar Anton Wolf 1, *Das Recht der geschiedenen Mutter,* 14). A separação judicial não altera, de modo nenhum, *em relação aos* filhos, a situação deles; e qualquer decisão sobre alimentos é somente reguladora de relações *entre* os pais. Ainda que o juiz dispense a pensão alimentar de um, não exclui o pedido do filho. A questão sobre se dever desde a coisa julgada (M. Lizius, *Rinder aus geschiedenen Ehen,* 23-25; A. Patek, *Die Wirkungen der Ehescheidung* und *der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem* 868., 25; E Nõthling, Die *Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelfchen Gemeinschaft nnºh dern 868.,* 54; Oskar Anton Wolff, Das *Recta der geschiedenen Mutter,* 23), ou da prolação da sentença (O. Opet, Das *Verwandschaftsrecht des* 8GB., 320), depende, no Brasil, da lei processual: se confere, ou não, efeito suspensivo à decisão, ou a essa parte dela. Sobre esse ponto, nossos Comentários ao *Código de ljocesso Civil,* ao art. 520, II, que exclui o efeito suspensivo. A perda ou suspensão do pátrio poder não tira ao filho o direito à alimentação, como menor, que é, em relação ao pai destituido do pátrio poder, ou do pai que do pátrio poder foi suspenso. O art. 41 do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (antigo Código de Menores), dizia que —o juiz ou tribunal, ao apreciar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela‖ — referindo-se à tutela com dever de alimentar — —fixará a pensão devida pelo pai ou a mãe ou pessoa obrigada a prestação de alimentos‖. O art.

41 não se referia aos casos em que havia titular do pátrio poder, que substituisse àquele pai a quem fora suspenso ou retirado o pátrio poder, mas apenas aos em que, sem isso, ficaria o menor sem quem o alimentasse. Devido a ser essa fixação em cognição não-plena, podia o interessado ou outrem, que tivesse legitimação ativa, propor ação de modificação, ou a própria ação declarativa negativa da atribuição de

alimentar (= da relação jurídica de que se irradiam o direito e o dever de alimentação). Tal ação declaratória somente não seria possível se tivesse havido cognição plena, por força da coisa julgada material.

6.

Mãe. Modo o pai, por isso que cessou o matrimônio, a mãe era obrigada a criar o filho, com seu leite, até à idade de três anos, porquanto dever decorrente das leis naturais, razão por que a lei civil não dispôs a respeito. *Mater tenetur ad lactandum filiuni* primo triennio (Álvaro Valasco, *Opera* Omnia, 1, 197), e seria indecoroso que a mãe cobrasse aos bens do filho o leite que lhe deu. Mas, se a mãe (dissolvida a sociedade conjugal) não pode amamentá-

lo, como si *mater sit egena, quae* propriis manibus *victum quaerat, et ablactando filium* non possit *operari,* o leite estranho que fornece ao filho que não está submetido ao seu pátrio poder pode ser cobrado aos bens dele, porquanto ele se tem de alimentar por seus bens, e a obrigação da mãe se limita a amamentá-lo do seu próprio leite. Se os bens do filho não dão para os alimentos, a mãe é obrigada a sustentá-lo. Se o cônjuge sobrevivente é o pai, esse deve fazer as despesas de criação ~. alimentos até à maioridade, ainda que o filho possua bens. O mesmo princípio deve-se aplicar quando a mãe exerce o pátrio poder, pois o usufruto dos bens do filho lhe é atribuido em lei com o fim de sustentar os encargos da alimentação,

7.

Titular do pátrio poder. O titular do pátrio poder é sempre obrigado a alimentar o menor, ainda que os bens desse bastem para seus alimentos, pois que, em tal caso, o usufruto pertence ao titular e, ainda que esse o perca, a obrigação persiste, uma vez que a perda do usufruto seja penalidade: retira direitos, mas não exclui deveres. O pa i viúvo que ilegalmente se casa sem fazer inventário dos bens do casal, por isso que perde apenas o usufruto e não o pátrio poder, continua obrigado a sustentar os filhos menores, sem deduzir dos bens deles as despesas (art. 225).

8.

Duas obrigações alimentares distintas. Do exposto acima pode-se concluir que existem duas obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos, uma inerente ao pátrio poder, outra oriunda do parentesco, em s.

linha reta: *a)* O titular do pátrio poder, ainda que não tenha o usufruto dos bens do menor, é obrigado a sustentá-lo, sem auxilio das rendas do menor e ainda que tais rendas suportassem os encargos da alimentação. Tal dever, origi-nado do pátrio poder, só cessa quando cessa por inteiro o pátrio poder. 1,) Em qualquer tempo, o filho menor ou maior, que não tem recursos e meios para prover à própria subsistência, pode pedir ao pai e à mãe que os supram. Tal obrigação só termina com a morte, ou se não os podem prestar o pai ou a mãe. Quando o filho está sob o pátrio poder, o titular desse poder éobrigado pelo sustento do filho, e a obrigação do outro genitor éapenas subsidiária. Se o filho não está sob o pátrio poder, a obrigação compete a ambos os pais, qualquer que seja o regime de bens, na proporção das necessidades do filho e dos recursos dos genitores.

9. *Avós.* Na falta dos pais, a obrigação passa aos avós, bisavós, trisavós, tetravós etc., recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Pelo antigo direito brasileiro (Assento de 9 de abril de 1772, § 1), na falta dos pais, a obrigação recaia nos ascendentes paternos e, faltando esses, nos ascendentes maternos; mas a distinção não tem razão.çle ser, pois não na fez o Código Civil, que diz explicitamente: —... *uns* em falta de outros‖. Se existem vários ascendentes do mesmo grau, são obrigados todos em conjunto.

Por isso que os ascendentes de um mesmo grau são obrigados *em conjunto,* a ação de alimentos deve ser exercida contra todos, e a quota alimentar é fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentário. Assim, intentada a ação, o ascendente (avô, bisavô etc.; avó, bisavó etc.) pode opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau. Se algum dos ascendentes não tem meios com que alimente o descendente, o outro dos ascendentes do mesmo grau os presta. Se o descendente já recebe de algum ascendente o suficiente para sua alimentação (no sentido largo, que é o técnico), podem os outros opor esse fato; mas, se a quantia ou os recursos fornecidos pelo alimentante não bastam, élícito ao alimentário arguir a insuficiência do que recebe, ou a precariedade de seu sustento em casa do ascendente, e pedir ao outro

ou aos outros ascendentes que completem o quanto, ou prestem o necessário à sua vida normal.

10.

Descendentes. Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem da sucessão (art. 398). Guardada somente a ordem da sucessão: e não relativamente às quotas hereditárias, como estatuiu o Código Civil alemão (§ 1.606), mas na proporção aos haveres e meios dos obrigados na ordem dos graus de descendência sucessível. O critério do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 15 (igualdade com os havidos do casamento), aplica-se também se há tutela dos menores filhos havidos do casamento e havidos fora do casamento *irmãos.* Não havendo descendentes, ou não lhes sendo possível prestar alimentos ao ascendente que não tem recursos, são chamados os irmãos, quer germanos, quer unilaterais.

§ 1.003. Alimentos aos filhos reconhecidos

1.

Ordem da obrigação. Do mesmo modo que em relação aos havidos do casamento e aos havidos antecedentemente ao casamento, os pais são arts.tritos para com os filhos reconhecidos a duas espécies de obrigação alimentar: *a)* na qualidade de titular do pátrio poder, enquanto é menor o filho; *b)* em qualquer tempo, na qualidade de pai ou de mãe, quando o filho está necessitado. Se ambos os pais o reconheceram, a obrigação alimentar, até àmaioridade, compete ao que tem o pátrio poder, por ser obrigação decorrente da qualidade de titular Se o filho não está sob o pátrio poder, ou se o genitor que o exerce não pode suprir os alimentos, são obrigados ambos os reconhecedores, o que está em situação de fornecê-los, ou o único reconhecente. Os reconhecidos são, como se vê, inteiramente equiparados aos havidos do casamento.

2. *Na falta dos pais.* Na falta dos pais, são obrigados: *a)* os ascendentes paternos e maternos, na ordem dos graus, se ambos os pais

reconheceram o alimentando; *b)* os ascendentes paternos, se só o pai o reconheceu e a mãe não é conhecida; *c)* os ascendentes maternos, se só a mãe é conhecida.

3. *Na falta de ascendentes.* Não havendo ascendente, ou não podendo prestar alimentos, observa-se o que ficou esclarecido a respeito dos filhos havidos na constância do casamento.

s.

§ 1.004. Filhos havidos fora do matrimônio e sua alimentação

1.

Direito romano e direito canônico. O direito romano não só negava o vínculo parental e sucessivo entre os pais e os filhos ═adulterinos e —incestuosos‖, nati *ex damnato* coitu, como também não lhes dava o direito de pedir alimentos: Omnis qui *ex complexibus, aut* nefariis, *aut incestis atft* daninatis *processerit, iste neque naturalis nominatur neque* à} endus est *a parentibus neque habebit quoddam ad proesen tem legem participium* (Nov. 89, c.

15; L. 6, C., *de incestis et inutilibus nuptiis,* 5, 5).

Deve-se à Igreja o terem eles direito a alimentos: *Contra hoec tamen hodie stat pontificium* lus, *quod ab* omnibus *creditur plurimum illegitimis filiis favere, eisque alimenta saltem a parentibus concedere* (Menóquio, *De Praesumptionibus,* L. VI, Praes. 54, nº 9).

2. Código *Civil.* O Código Civil, se bem que não permitisse o reconhecimento dos filhos —adulterinos‖ e

—incestuosos‖ (art. 358, revogado pela Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989), conservou-lhes o direito de alimentos.

Se a mãe é conhecida, a ela compete alimentar o filho: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur* sine *legitimo matrimonio naatrem sequatur* (L. 24,

D., *de* statu *hominum,* 1, 5). Se não é conhecida, a investigação da maternidade só se não permitia quando tivesse por fim atribuir prole havida fora do casamento à mulher casada, ou incestuosa à solteira. O

art. 364 perdeu *ratio essendi* em virtude da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª.

Sob o direito anterior, os filhos então ditos —espúrios‖, isto é, os outrora qualificados —incestuosos‖ e —adulterinos‖, podiam pedir alimentos ao pai, quando a filiação estivesse provada: *a)* por confissão, ou declaração escrita do pai; *b)* por sentença irrecorrivel, ainda se o autor da ação não fora o filho. Exemplo: se o casamento dos pais era julgado nulo, os filhos nascidos na constância da sociedade conjugal (conforme o tempo legal de presunção) teriam certa a paternidade, ainda que fossem —adulterinos‖ ou —incestuosos‖, para o efeito da prestação de alimentos: *Pater alimentare tenetur filium, etiam spurium* (Rodrigo Suarez, João Lopez e Diogo Pérez, *Tractatus de Bonis constante matrimonio,* 313).

Textualmente (Código Civil, art. 405): —O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada, quer por sentença irrecorrivel, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem ceda a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos.‖

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 4 de novembro de 1947 *(RT* 183/940), tirou Consequência: —A filiação pode ser reconhecida por sentença para o só efeito de se atribuir o direito a alimentos e, assim, o direito à indenização devida pela morte de quem estava obrigado a prestá-los, como na hipótese de desastre durante transporte.‖ Antes, a 3

de maio de 1940 (130/193) dissera: —Também o filho adulterino do operário morto por acidente no trabalho tem direito à indenização, porque esta constitui alimento e este cabe até aos espúrios.‖

Idem, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 31 de dezembro de 1942

(146/763).

Observemos que a inacionabilidade por alimentos que existia quanto a filhos então designados —adulterinos‖, respeito ao pai, desaparecera

em virtude já do art. 49 da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, ainda durante a vigência da sociedade conjugal.

Estatuiu: —Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.‖ Dissolvida a sociedade conjugal, a ação de investigação da paternidade era permitida. A investigação da maternidade é que só se não permitia nas espécies do art. 364; se bem que pudesse a mãe, casada, reconhecer o filho —adulterino‖ *a roatre* ainda se não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. O que se vedava era a investigação da maternidade. A Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, pré-excluiu a vedação.

3.

Regras. Assim, podemos resumir: *a)* Existiam direito e dever recíprocos de alimentos entre os pais e os filhos havidos fora da relação do casamento, quaisquer que fossem: *Filiis spurius aeque pater et mater praestare teneantur* (Alvaro Valasco, *Opera Omn ia,* 1, 199); e vice-versa. *b)* Os próprios havidos fora da relação do casamento podiam usar da ação de alimentos contra a mãe, nos casos em que era permitida a investigação da maternidade (art. 364).

c)

Os que não haviam sido reconhecidos podiam pedir alimentos ao pai, quando existisse alguma das provas acima referidas. *d)* Na falta dos pais, havendo prova hábil da paternidade, ou da maternidade, podiam os havidos fora s.

da relação do casamento, isto é, os então denominados —espúrios‖, quer os que se diziam os —adulterinos‖, quer os que se diziam —incestuosos‖, pedir alimentos aos descendentes do genitor em relação ao qual era ceda a filiação.

e)

Não existindo pais, ascendente e descendentes, ou não lhes sendo possível alimentos, obrigavam-se os irmãos, quer germanos quer unilaterais, uma vez que fosse legalmente certa a paternidade ou a maternidade.

§ 1.005. Alimentos ao adotado e ao adotante

1.

Duas obrigações alimentares. Há duas obrigações de alimentos entre o adotante e o adotado: *a)* o adotante, como titular do pátrio poder, tem o dever alimentar, inerente a esse direito. Os filhos havidos por adoção podem exigir alimentos ao pai adotante até a maioridade ou a suplementação. Com a adoção, o pátrio poder cessa ao pai consanguíneo e nasce ao pai adotante, de modo que a obrigação de sustentar o filho-famílias passa igualmente de um a outro. Enquanto dura o vinculo da adoção e o adotado não se suplementa, ou não atinge a maioridade, fica o pai obrigado a prover à mantença do filho havido por adoção, ainda que ele possua bens e rendas. Como o pátrio poder é uno, o pai consangUíneo não tem tal obrigação absoluta, assente no pátrio poder. *b)* Do adotante, como parente em linha reta do adotado, pode esse, em qualquer idade, reclamar alimentos, quando não tem bens, nem pode prover, por seu trabalho, à própria mantença. Éobrigação inerente ao parentesco em linha reta, e não ao pátrio poder. A existência desse dever não implica o desaparecimento do que têm, como ascendentes, o pai, a mãe, o avô e demais parentes consangilíneos do adotado, pois os direitos e deveres que resultam do parentesco consangUíneo não se extinguem, no sistema da Código Civil *(obter,* sob a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 41, *pr),* com a adoção, exceto o pátrio poder (art. 378).

2.

Direitos do adotado. Assim, o adotado, qualquer que seja a sua idade, continua com os direitos de alimentação para com os parentes consangflíneos, quando provada a sua pobreza: pode exigir alimentos dos pais, dos demais ascendentes, dos descendentes e dos irmãos, e ser obrigado, reciprocamente, para com eles, quando não tenham com que viver. Na menoridade, porém, o adotado somente pode pedir tais alimentos ao consangUíneo, depois de provar que não lhos pode dar o adotante.

Em relação ao adotante e ao adotado, a obrigação, em caso de privação de recursos, é recíproca: tanto pode o adotante ser chamado a alimentar o filho adotivo, como esse ao adotante.

3.

Parentesco oriundo da adoção. O parentesco oriundo da adoção vincula, sob o Código Civil, art. 376, apenas o pai adotivo e o adotado; por disposição de lei, não se estende a outros parentes. Daí só existir a obrigação alimentar entre o adotante e o adotado. A lei limitou o parentesco, de modo que os efeitos dele também se limitam. Cessada a ficção, cessam as suas Consequências: *Fictio vítra casum fictum progredi* non *debet.* Seria arbitrário estendêla a outras pessoas entre as quais não há, legalmente. o parentesco ficticio: *Fictio non extenditur de persona ad personam, de casu ad casum.*

4.

Obrigados a prestar alimentos ao adotado. Assim, em qualquer tempo e idade, não tendo bens o adotado, ou não podendo viver de seu trabalho, cabe-lhe reclamar alimentos: *a)* aos pais consangUíneos e ao adotivo, ou a ambos os pais adotivos, se foi adotado por dois cônjuges (se é menor o adotado, a obrigação compete ao adotante, e. na falta dele, aos pais consangúíneos; se é maiofl compete aos pais consangUineos e ao adotivo, na proporção de seus recursos); *b)* aos ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, ur~ na falta de outros: avós consangúineos, bisavós, trisavós; e) aos seus descendentes, guardada a ordem da sucessão; *d)* aos irmãos consangúineos.

assim germanos corno unilaterais.

5.

Obrigados a prestar alimentos ao adot3n te. O adotante pode reclamá-los, se deles precisa: *a)* a seus pais; *b)* a seus descendentes; e) a seus filhos consangúíneos e ao adotado; *d)* aos demais descendentes consangúineos; *e)* aos irmãos consangúineos, germanos ou unilaterais.

§ 1.006. Reciprocidade da obrigação alimentar

1.

Ascendentes e descendentes; colaterais. A obrigação à prestação de alimentos é recíproca no direito brasileiro, uma vez que se estende em toda a linha reta entre ascendentes e descendentes, e na colateral entre os s.

irmãos, que são parentes reciprocos por sua natureza. E é razoável que assim seja. Se o pai, o avô e o bisavô têm o dever de sustentar aquele a quem deram vida, injusto seda que o filho, neto ou bisneto, abastado, não fosse obrigado a alimentar o seu ascendente incapaz de manter-se *Iniquíssimum enim quis merito dixerit matrem egere, cum filius* sit in *Jacultatibus* (L. 5, § 13, D., *de* agnoscendis *et alendis liberis,* 25, 3). A respeito argumentou a 39 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de maio de 1953 *(RT* 214/217): —Até a maioridade, por força dos deveres da paternidade, em resultado somente dela, desponta a responsabilidade alimentar do pai para com o filho. Depois disso, presume-se o descendente apto a viver por si. Tão-só surge o direito de pedir alimentos, nos casos previstos no art.

399 do Código Civil. Ou como escreve PONTES DE MIRANDA: ... existem duas obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos, uma inerente ao pátrio poder, outra oriunda do parentesco, em linha reta *(Tratado de Direito de Família,* III, 208). Na derradeira conjuntura, não é só o filho nas condições acima que consegue alimentos do pai. Também a este, necessitado, cabe solicitá-los dos descendentes. As ocorrências exibem-se completamente diversas, uma da outra, não se devendo eternizar a que reflete deste processo, proposta tão-só por força da paternidade reconhecida. Não, em virtude de fatos enquadrados no art. 399 do Código Civil. É o que se depreende, ademais, do acórdão exeqoendo, que manda acertar a mensalidade, por arbitramento, sem cogitação de aclarar as condições estatuídas no art. 399 do Código Civil. Sequer ultrapassou o pedido inicial àretribuição do primeiro período, circunscrevendo-o ao tempo da menoridade das alimentandas. E expresso o requisitório acerca do assunto, pretendendo os alimentos —... as filhas menores as duas filhas menores Por essas razões, a pensão alimentar. fora a redução acenada, susta-se depois da maioridade das filhas, com a ressalva de nova, sob outros motivos, diversos dos alegados (Código Civil, art. 399).‖

No direito francês disse-se que entre os irmãos não se poderiam dar alimentos. O Código Civil alemão também assim o disse,embora o Projeto estendesse a obrigação alimentar aos irmãos, conforme o direito prussiano. A disposição do Código Civil brasileiro (art. 398)

estriba-se em velha tradição dos grandes juristas, como se pode ver em Manuel Almeida e Sousa e tantos outros.

Demais, o alimento que o descendente presta ao ascendente é, de algum modo, restituição: *Parentibus alimenta non praestatis, sed redditis.*

2.

Irmãos; adotante e adotado. Quanto aos irmãos, a obrigação unilateral seria impossivel. A reciprocidade alimentar em relação a eles provém da reciprocidade mesma do parentesco que os vincula: A é irmão de B, tanto quanto B o é de A, de modo que a razão que sirva a A para reclamar alimentos de seus irmãos (B, C, D etc.) assiste a cada um desses para pedir alimentos aos demais. Também é recíproca a obrigação entre o adotante e o adotado.

§ 1.007. Regras jurídicas .rspeciais quanto ao direito e ao dever alimentar 1.

intransmissibilidade da obrigação. A pretensão à prestação de alimentos e a obrigação de fornecê-los são exclusivamente atinentes à pessoa que os recebe e à de que são jecebidos. Assim, dissera o art. 402 do Código Civil,

—a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor‖. Morto o alimentante, cessa a obrigação

— ressalvada a hipótese da Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 23, em que essa obrigação se transmite aos herdeiros do decujo, na forma prevista no art. 1.796, do Código Civil —, mas os alimentos vencidos e não pagos, em vida, pelo alimentante são devidos ao alimentário.

2.

Falecimento do alimentário. Falecendo o alimentário, o direito a alimentos não se transmite a seus herdeiros, porque a pensão tinha por fim manter o beneficiado, e tal razão deixou de existir.

Os alimentos só são devidos durante a existência do necessitado: *Alimenta solum debentur pro tempore, quo alimentandus uivit, et pro tem pore decurso post eius mortem ad haeredes non transmittuntur* (Álvaro Valasco, Praxis *Partitionum et Coliationum,* 148). Mas os alimentos, que em vida do necessitado se venceram e não lhe foram pagos, os seus herdeiros podem reclamar, pois que se trata de direito definitivamente adquirido pelo alimentário: já fazia parte de seu patrimônio; e como tal é perfeitamente transmissivel.

A regra é que se não prestam alimentos se falece o alimentando. O Código Civil, no art. 402, disse, apenas, que a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor.

s.

O Código Civil alemão preferiu enunciar (§ 1.713) que a pretensão de alimentos *(Unterhaltungsanspruch)* se extingue com a morte do filho, a quem o pai tinha de alimentar. Por isso mesmo foi preciso acrescentar-se que não se dá a extinção quanto às prestações anteriores à morte, ou à indenização pelo não-pagamento delas. No texto brasileiro não se precisou de tal advertência; porque se atendeu, não ao falecimento como fato extintivo da pretensão, mas à não-continuação, pela exclusão da hereditariedade do *direito.* Dá no mesmo: o que já era devido continua a ser susce-tivel de ser reclamado, pois que não se excluiu a pretensão ligada aos alimentos vencidos e à indenização pela inexecução, ou outra~ causa semelhante: excluiu-se, tão-só, no texto brasileiro, a hereditariedade do direito.

3. *Irrenunciabilidade.* Ninguém pode renunciar ao direito a alimentos. Diz o art. 404: —Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos.‖ A cláusula ou convenção pela qual alguém se obriga a não usar da ação de alimentos é nula. Proposta a ação, o juiz, ao examinar as exceções, pode repelir, desde logo, a que se refere a esse pacto.

O necessitado pode deixar de exercer o seu direito à prestaçáo de alimentos. Ninguém pode obrigar alguém a pedir alimentos, ou reclamá-los em favor de outrem, salvo: *a)* a mãe, ou o pai, em favor do filho, se prova que o filho não tem com que se alimente, nem ela, ou ele, os pode dar; *b)* o tutor ou curador em favor do menor, ou

interdito, que precisa de meios para manter-se; c) o adotante sem recursos, em favor e em nome do *adotado,* ainda que seja contra os pais consangúineos, pois que o direito alimentar não cessa, no regime do Código Civil, art. 378, com a adoção: cessa apenas, como já dissemos, a obrigação alimentar decorrente do pátrio poder, e não a derivada do parentesco em linha reta.

4.

intransacionabilidade. Não é permitido fazer-se transação sobre alimentos futuros; porque, sendo o fim da pensão alimenticia prover à mantença do necessitado, o seu destino seria elidido quando se admitisse transigir-se com as prestações a serem recebidas (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* li, 210). Em todo o caso, a autoridade judicial, que decreta os alimentos, pode providenciar quanto aos alimentos futuros; por exemplo: contrato de pagamento de colégio, hotel, hospicio ou hospital, em que tenha de ficar o alimentário. Em relação aos alimentos pretéritos, é licita a transação, porque tinham por fiw sustentar o necessitado em época que já passou.

5.

incompensabilidade. A dívida de alimentos não admite compensação, qualquer que seja a natureza da dívida que se lhe oponha (Ordenações Filipinas, Livro IV, Títwlo 78, § 3; Código Civil, art. 1.015, 11). Assim, se o neto, que deve certa quantia ao avô, reclama desse o necessário para viver, não pode o avô descontar da pensão alimentícia o que o neto lhe deve, nem os juros da sua obrigação. Por outro lado, na constância de execução por dívida de qualquer espécie, não pode o devedor, que acaba de conseguir judicialmente prestação de alimentos de seu parente e credor, opor-se à execução de todos os bens, a fim de ficar, livre da alienação, ceda porção necessária a seu alimento atual.

6.

Não *se restituem alimentos.* Os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha a decair da ação na

mesma instância, ou em grau de recurso: *Alimenta decernuntur, nec*

teneni ad cautionem praestandam, nec restitutionern praedictorum alimentorum, in casu quo victus Juerit (Álvaro Valasco, *Opera Ornn ia,* 1, 3; MeIo Freire, *Institutiones,* II, 143: *imo nec ad alimenta percepta restituenda, utut in appelationis instantia* non *obtineat)*.

7.

Insequestrabilidade. Os alimentos futuros não podem ser seqoestrados, nem penhorados (Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas.*

IV, 8).

Quanto aos alimentos pretéritos podem ser penhorados pelos que prestaram pelo alimentante ou que forneceram gêneros alimenticios *(lato senso)*. Se não se justifica que se penhorem alimentos futuros, também não se justifica a impenhorabilidade dos alimentos pretéritos em relação a quem prestou em vez do alimentante, ou a quem forneceu gêneros alimentícios. A pretensão oriunda de negócio jurídico declarativo, concernente a pretensão de direito de família, é impenhorável como a pretensão declarada.

8.

Fixação. Estatui o art. 400: —Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e s.

dos recursos da pessoa obrigada.‖ As necessidades de cada um são variáveis. em função da idade e dos intuitos *(e.g.,* estudos) do alimentando. Porém o art. 400 vai mais longe: manda que se atenda à situação fisica e social, que se leve em conta o de que precisa, no momento, o alimentando etc. O doente internado, a mulher grávida, o menino paralítico, o escolar sadio, têm necessidades diferentes. Já anteriormente à Constituição de 1988, art. 227, § *6t* no caso de filhos havidos fora do casamento e na constância da sociedade conjugal, o tratamento havia de ser igual (Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 15, *ex argumento)*.

9. O *que compreendem.* Lê-se no art. 403: —A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe em casa

hospedagem e sustento.‘ E acrescenta o parágrafo único: ‗Compete, porém, ao juiz, se as circunstâncias exigirem, fixar a maneira da prestação devida.‖ *Hospedagem* e *sustento,* e não só *hospedagem.* Quem é chamado, em processo, a prestar alimentos, não se exime de prestá-los com a só afirmação e prova de hospedar.

A posição na vida social e o que é razoável que siga, em educação, o filho influem no cômputo dos alimentos. Em princípio, os filhos devem viver como os pais; porém é de levar-se em conta a vocação do filho e a situação a que por suas aptidões e por seus méritos aspira.

Os alimentos são para a pessoa, e não para seus empregados e auxiliares, salvo quando naqueles se inclua o que é indispensável à paga dos serviços desses. Tampouco, é de incluir-se nos alimentos pagamento de dívidas do alimentando, exceto se são alimentos pretéritos de que se têm de reembolsar os que prestaram.

O dever de alimentar pode ser cumprido com o *facere,* e não apenas com o *dare,* ou, pelo menos, em forma combinada *(facere* e *dare).* A execução em dinheiro é a mais vulgar; porém nada impede que, convindo o alimentante, salvo se razões militam para que se exclua a prestação *in concreto,* se prestem os alimentos em hospedagem e sustento (art. 403). Que nao fica ao arbítrio do alimentante, nem, tampouco, do alimentando, di-lo o art. 403, parágrafo único. A pensão pode ser mensal, trimestral, semestral, anual, ou de outra duração, inclusive semanal. As circunstâncias podem determinar a variabilidade, conforme as épocas do ano *(e.g.,* férias, inscrições, exames, internações acidentais ou periódicas).

10. Se *compreendem a instrução.* ~Os alimentos não compreendem a instrução, no que se distinguem os alimentos dos arts.. 396-405 e os alimentos do art. 231, IV (sustento, guarda e educação dos filhos), ou neles se inclui a necessidade de ordem espiritual? B. Windscheid *(Lehrbuch des Pandektenrechts,* 74 ed., II, 711) respondeu que o necessário à formação e valorização espiritual não se considera alimento; H. Dernburg *(Pandekten,* II, 89) entendeu diferentemente. Walther disse que, a princípio, não se incluiu; mas, desde o direito justinianeu, a palavra *alimenta* passou a ter maior largueza (C. M. Rubensohn, Die *Unterhaltungspflicht der Eltern gegen ihre ehelichen hinder,* 45, como Walther). Aí a razão.

§ 1.008. Alteração na taxa de alimentos

1.

Mudança das circunstâncias subjetivas (alimentante). Se. depois de fixados e decretados os alimentos, sobrevém mudança na fortuna do alimentante ou na do alimentário, pode o juiz, a pedido do interessado, modificar a taxa ou o meio de serem pagos os alimentos. E o que, textualmente, está no art. 401: —Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução. ou agravação do encargo.‘ A ação é a de modificação (Código de Processo Civil, art. 471, 1). O aumento de vencimentos do alimentante e causa para majoração da pensão alimenticia, se com isso se atendeu à elevação do custo de vida (Tribunal de Justiça de Alagoas. 25 de março de 1947, OD

53/283).

O art. 401 nada tem com os alimentos fixados entre os cônjuges separados judicialmente, ou divorciados, em virtude de sentença ou de acordo. Mas existe regra jurídica *a priori.* que e base da ação de modificação (cf. Código de Processo Civil, arts.. 471, 1, e 602, § 39; Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, art. 15). Aliás, assim decidem os tribunais (Supremo Tribunal Federal, 6 de dezembro de 1950, RT 138/443; 1ª Turma, 11 de julho de 1949, *RT*

194/474‘ —Pode a mulher desquitada reclamar a melhoria da prestação alimentícia fixada amigavelmente quando so-brevierem circunstâncias justificativas da agravação do encargo, assim pela modificação da fortuna como da condição econômica de um e de outro cônjuge‖; 2ª Turma, 19 de abril de 1949, OD 60/228; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1ª de setembro de 1945, *RT* 159/229; 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, s.

11 de novembro de 1948, *RF* 129/ 467, e 13 de março de 1951, 137/116; 8ª Câmara. 22 de novembro de 1952, *Ai* 105/302, acórdão do desembargador Hugo Auler: —Domina a matéria o principio de que, fixados os alimentos por decisão judicial, resulte ou não de convenção particular a respectiva fixação, se sobrevier mudança na

fortuna de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo, consagrado no art. 401 do Código Civil. Em conseqüência, não estabelecendo o legislador qualquer distinção entre as várias formas e causas legais da obrigação de alimentos, forçoso é concluir que esta norma tem perfeita aplicabilidade às pensões alimentícias com que, no desquite do casal, o cônjuge varão se obrigou a contribuir para a mantença da mulher, as quais poderão deste modo variar com as modificações supervenientes das condições econômicas em que se verificou a respectiva fixação, quer com o aumento ou diminuição das necessidades da alimentada, quer com a melhoria ou agravação dos recursos alimentares.

E que altas razões de eqoidade natural sempre reconheceram que as sentenças determinativas de alimentos são pronunciadas *rebus* sic *stantibus,* de modo a se estabelecer na liquidação judicial das pensões alimentícias exceção ao principio da coisa julgada. Ora, a tese que consagra o principio de alterabilidade do valor das pensões alimentícias, na mesma proporção de variabilidade das condições econômicas do estado de coisas em que se verificou a respectiva fixação das partes ou decisão do Juiz, tem entre nós a sua perfeita aplicação através da exegese do art. 401 do Código Civil. Esta disposição legal está a demonstrar que a sentença que homologa o acordo celebrado pelos cônjuges acerca do *quantum* da prestação alimentar no desquite por mútuo consentimento ou que o fixa no desquite judicial, reveste-se de autoridade de coisa julgada no que diz respeito à obrigação legal de prestar alimento, mas envolve em suas dobras a cláusula rebus *sic stantibus* no que tange ao valor das respectivas prestações‖). Não há a cláusula.

Se, após a sentença, os recursos do alimentante aumentam, criando-se desproporção considerável entre a pensão que ele presta a seu parente e a fortuna que frui, eleva-se a quantia anteriormente fixada, como se faria se o alimentário somente agora reclamasse os alimentos. Quando, porém, diminuem os haveres de quem os supre, ou advém incapacidade de trabalhar, que torne excessiva a pensão, pode essa ser reduzida, ou simplesmente mudada a maneira pela qual, a pedido do alimentante, ou por decisão do juiz, era feito o pagamento. No caso do art. 10, § 2ª, da Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977 (separação judicial), a mudança de meios de alimentante guardador reflete-se na obrigação dos pais. No caso do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.200, a elevação dos alimentos ao filho havido do casamento é razão para reclamação do filho havido

fora do casamento. A mãe ou o curador do nascituro pode pedir alimentos que somente cessam quando se dá o nascimento sem vida, ou quando cessariam os alimentos devidos a pessoa já nascida. O nascimento sem vida não dá ao alimentante qualquer ação de repetição ou exceção contra a mãe ou quem os pediu. A sentença, na ação de alimentos, é da classe daquelas sentenças que não afastam a *ação de modificação.* A causa da modificabilidade está na natureza da pretensão e nos pressupostos da prestação, e não no fato de existir cláusula *rebus. sic stantibus* (veja Tomo III, §§ 261, 329, 1).

Sobre a mudança das circunstâncias e as sentenças passadas em julgado, veja-se o nosso comentário ao Código de Processo Civil, art. 471, 1.

2. *Exoneração.* Se o alimentante não pode mais retirar coisa alguma de seus recursos, sem privação do estritamente necessário a seu sustento, deve ser exonerado da obrigação.

3.

Mudança das circunstâncias subjetivas (alimentado). Adquirindo o alimentário — a título oneroso ou gratuito

— bens, com que possa manter, ou tomando ocupação, que lhe dê rendas suficientes, exonera-se do mesmo modo o alimentante. Mas, se o alimentário perde os bens adquiridos, ou recai em incapacidade para se manter com o seu próprio trabalho, pode pedir novamente alimentos ao parente de quem outrora os recebia.

4. *Gravidez.* No caso de mulher, que engravidou e que tem, por esse fato, direito a maior prestação de alimentos, não se leva em conta o ter nascido, ou não, com vida, o filho. O que importa éo alimento da mãe durante o tempo da gravidez e o alimento indireto *(e.g.,* remédios) do feto. O que deve alimentos ao filho deve-os à mãe, durante a gestação e a amamentação.

§ 1.009. Ação de alimentos

1.

Ordinária ou sumária; direito anterior; Código de Processo Civil, art. 100, II. A ação de alimentos era *ordinária,* quando se pediam alimentos pretéritos, e *sumária,* quando se demandavam alimentos futuros, isto é, s.

aqHeles que se vencem desde a citação, que é o inicio da causa. (O Código de Processo Civil de 1939 apenas inseriu, a respeito da ação de alimentos, o art. 298, XI, a cujo comentário nos reportamos.) Cumpre distinguir alimentos devidos *ex dispasitione iuris* e os que se originam de contrato ou cláusula testamentária. Esses só se pediqm em ação ordinária (salvo se, pela quantia em que importassem, as leis processuais do lugar lhes dessem rito sumário), pois se regiam pelas disposições legais relativas aos contratos e aos testamentos. MeIo Freire *(Institutiones,* II, 142) dizia: *Alimenta, quae ex contractu, vel ex testamento debentur actione propria, et ordinaria ex contractu, vel ex testamento, peti debent, non oflicio iudicis.* Também Manuel de Almeida e Sousa *(Ações .Sumárias,* II, 333). Seria sumária a ação de direito de família, ainda que se pedisse aumento ou diminuição da taxa de alimentos: *Omnis lis de alimentis sive (ea) augenda, sive minuenda sunt, summatim tractanda est.* Tal era a norma. Mas, se o demandante já os tinha provisionais ou *in litern,* devia tratar-se ordinaríamente a causa. Tudo isso mudou.

Competente para as ações de alimentos, fundadas no direito de família, é o juiz do domicilio ou da residência do alimentando (Código de Processo Civil, art. 100, II). Havida a prova pré-constituída do dever e da obrigação de alimentar, a ação de alimentos, de direito processual, segue o procedimento especial da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, arts. 1ª-14, ou 24, aplicando-se-lhes subsidiariamente as regras jurídicas do Código de Processo Civil (Lei nº

5.478, art. 27). Se não há essa prova, a ação de direito processual terá o rito comum ordinário.

2.

Prejudicial. Na ação de alimentos, estando em dúvida, o juiz deve decidir pela existência do parentesco, para o só efeito da prestação

alimentar, pois que a prova do *estado da pessoa* não precisa ser tão rigorosa nessa como nas ações de filiação e petição de herança (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* II, 226). Donde resulta que a sentença que decreta alimentos não faz prova nem coisa julgada material para a ação de filiação e petição de herança, que pedem maior indagação e maior exigência no julgar (MeIo Freire, *Institutiones,* li, 142: *Quocum que autem modo in iudicio petantur, causa summaria est, et rationem processus summarii tractanda, in quo differt a filiationis causa, in qua id praecise agitur, ut quis liber agnoscatun quae sua natura ordinaria est).*

A jurisprudência admitiu a ação de alimentos do que tinha por si presunções de filiação, sem ter proposto a ação de investigação de paternidade, ou a de legitimidade *(e.g.,* 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 9 de outubro de 1946, *RF* 110/206: —A ação de alimentos, na espécie, tem como pressuposto a relação de parentesco. Sem a prova da filiação, mediante o reconhecimento voluntário ou judicial, a ação de alimentos, via de regra, não pode vingar. Excepcionalmente, porém, os tribunais têm admitido a ação de alimentos, desde que a filiação do interessado esteja, se não comprovada em forma legal, pelo menos amparada em fortes presunções. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 31 de dezembro de 1942, lavrado pelo Des. Vicente Piragibe. Aplicando extensivamente a norma contida no art. 405 do Código Civil, que concede alimentos ao filho espúrio, independentemente do reconhecimento, que é vedado, o citado aresto afirmou: —Basta, para que o filho natural possa exigir alimentos, que haja declaração escrita do pai, deixando certa a filiação, não sendo necessária prévia investigação judicial da paternidade‖ *(RT* 146/763). Do mesmo modo julgou o Tribunal de Apelação de São Paulo, em acórdão publicado na *RT* 145/173.‖ A cognição é não-plena.

3. *Alimentos futuros.* Os alimentos futuros podem ser pedidos a qualquer tempo; mas a açao (Código Civil, art. 178, §

10,1) para cobrar as prestações vencidas prescreve em cinco anos, contados do dia em que cada prestação for exigível. O prazo refere-se àação para serem fixadas ou apenas para que se paguem as prestações. O que prescreve é a pretensão. O direito a que se prestem, esse, não prescreve, porque prescrição só diz respeito à pretensão ou a ação (3ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de janeiro de 1953,

RT 211/251). Assim, se o alimentante presta por alimentos pretéritos a despeito dos quais já prescrevera a pretensão, não os pode repetir.

4.

Ação de alimentos e defeso do réu. Intentada a ação de alimentos, pode o réu alegar: *a)* que t~m apenas o necessário a seu sustento estrito; *b)* que o autor tem haveres, ou ofício, com que se mantenha de conformidade com sua situação social; c) que já destinou bens ao cumprimento da obrigação alimentar e que o autor recebe as rendas, ou se recusa a recebê-las, embora elas bastem à sua mantença; *d)* que, sendo filho, ou neto tutelado, o alimentando se afastou, sem motivo justo, da casa paterna, ou do avô, para onde deve voltar; *e)* que a autora tem marido que a deve sustentar, e esse pode prover à sustentação da família; que o autor é casado, e não cobrou os frutos do dote de sua mulher, ou não os procura colher; g) que o autor é casado pelo regime da separação de bens e não pede à mulher a contribuição dessa para as despesas do casal; *h)* que existe pessoa a ser chamada à prestação de alimentos, antes do réu: *i)* que o autor pode prover por seu trabalho, à própria subsistência. Pereira Braga (Investigação de paternidade legitima e petição de alimentos provisionais, *RT* 21/ 301) concluiu do mesmo modo: —Só tem direito a alimentos quem não pode alimentar-se por não ter bens, nem pode ganhar seu sustento. Eis por que ensina que ao réu na ação s.

de alimentos é lícito opor que o autor pode prover, por seu trabalho, à própria subsistência.

Nas causas de alimentos sob o rito especial da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, não se admite reconvenção: i/enter *enim moram* non *patitu sed subsidium desiderat: obter,* sob o procedimento comum ordinário.

Se, durante a ação de alimentos, há alteração das circunstâncias, de jeito a alterar-se o pedido ou seu alcance, a sentença tem de atender a essa mudança. Se a alteração é posterior à coisa julgada, incide o art. 471,1, do Código de Processo Civil (ação de modificação).

Nas ações de alimentos, a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, estabeleceu a conciliação em fase dúplice, anterior e postenor à

instrução (arts. 9ª, *pr., in fine,* e 11, parágrafo único, P parte). Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes e o órgão presentante do Ministério Público, propondo conciliação. (art. 99, *pr.)* No art. 9ª, § 1ª —Se houver acordo, lavrar-se-a o respectivo termo, que será assinado pelo juiz, escrivão, partes e representantes do Ministério Público.‖ Finalmente, não tendo havido acordo, estatuiu no art. 11: —Terminada a instrução, poderão as partes e o Ministério Público aduzir alegações finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada um.‖ Parágrafo único: —Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, ditará sua sentença‖. A Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, estabelecera igualmente a conciliação (art. 1ª):

—Nas causas de desquite litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação.‘ No art. 2ª: —Para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os litigantes, separada ou conjuntamente, e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias.‖ No parágrafo único: —Salvo impedimento das partes, ou seu expresso consentimento, a audiência das mesmas e riais diligências serão efetuadas em prazo não maior de trinta dias.‖ No art. 3ª: —Obtida a reconciliação, o juiz, em despacho, fará constar o fato da inicial, que devolverá ao autor, com todos os documeútOs e traslados, se houver, e mandará cancelar a distribuição. Antes da devolução, o réu poderá pedir para seu documento, as certidões que quiser‖ No art. 5ª: —Conseguida a transação entre as partes o juiz mandará autuar a petição inicial e documentos, e deter minará que seja o acordo reduzido a termo, por elas assinado, ou a seu rogo, se não souberem ler ou não puderem escrever, a firo de ser por ele homologado, após ouvir o Ministério Público.‖ Finalmente, no art. 6ª:

—Verificada a impossibilidade de solução amigável, inclusive pela falta de comparecimento de qualquer dos litigantes, o juiz despachará a petição, mandará lavrar termo do ocorrido e determinará a citação do réu para se defender no processo, que seguirá o curso estabelecido nº lei.‖ —Transijam‖ e —transação estavam, aí, em sentido a técnico.

5. *Prestações futuras.* A sentença, em quaisquer ações de alinWntos, condena o alimentante, não só no que pedir o como também nas prestações futuras, e e4cuta-se à medida que forem sendo devidas as

prestações: *Non solum condemnat it1 proeteritis, sed in futuris, et exequetur adveniente die.* É uma das aplicações do que dizia Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus de Executionibus,* II, 105), praxista em que, quanto se lê, se aprende: *... quando causa habet radicem ex prasen ti; ut qwa prornisisti mihi quid annuum per instrumentum, nam si dies primae proestationis arts.it, possum summarie adversus te açffe~ ut ad praesen tem, et futuros proestationes condemneris, ne enim cogar quotannis pro qualibet pensione litigare, cum* 0~1nes *indifferentes ex eodem contractu, eodem que prodeant instrumento, unicaque omnium appareat obligatio, licet per partiales in diem solutionis divisa con festim iudicetur de toto lua corpore obliqationis, debitorque in solidum condemnetur, sed* non *ut solvat et exequatur de praesen ti, nisi* ob *proestatianem iam debitam, et deinceps in sequentibus annis ex eadem sententia absque alio processu, prout dies solvendi venerit, executio pera qetur.*

O que se pagou por causa de alimentos não pode ser repetido; é esse um dos favores reconhecidos à natureza da causa de prestar. E está no direito romano a fonte: *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit,* non *repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest* (L. 32, § 2, D., *de condictione indebiti,* 12, 6).

§ 1.010. Alimentos provisionais

1.

Direito material e direito formal. Proposta a ação, pode o alimentando pedir, provisionalmente, alimentos para as despesas da causa, e para seu sustento no decurso do litígio, os quais são taxados por arbitramento do juiz, s.

ainda antes da contestação, atendendo-se às situações das pessoas e ao valor da causa principal (Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas,* IV, 8). Aos alimentos provisionais refere-se o Código de Processo Civil, arts. 852-854. Não é o autor obrigado a prestar caução, com o fim de repor os alimentos percebidos antes do julgamento, pois que, ainda se decair da ação, não é o alimentando obrigado a restitui-los: *Alimenta decernuntur, nec teneri ad cautionem praestandam, nec ad restitutionem proedictorum alimentorum, in casu quo victus fuerit* (Álvaro Valasco,

Opera Omn ia, 1, 3).

2. *Finalidade.* Os alimentos provisionais têm por fim aperceber o autor dos recursos necessários a manter-se durante a pendência e a fazer valer o direito; por isso não se suspendem ao ser interposta a apelação por ele ou pelo réu (Meio Freire, *Institutiones,* II, 143: non *suspenduntur per interpositam appellationern).* Sobre as questões processuais, nossos *Comentários ao Código de Proces* so *Civil,* XII, 275-285.

3. *Férias.* Os alimentos provisionais podem ser pedidos ainda mesmo no período das férias (Borges Carneiro. *Direito Civil de Portugal,* II, 226): o contrário seria matar a quem precisa e tem direito de os pedir. Para sua decretação, bastam fortes presunções do parentesco alegado. Se o autor não os pede antes da contestação, pode pedi-los em qualquer estado da causa, ainda pendente de apelação e tendo sido denegados na primeira instância (Manuel de Almeida e Sousa, *Ações sumários,* II, 205).

4. *Regras.* Não somente os alimentandos *iure* sanguinis. como também as mulheres casadas, que se queiram separar judicialmente do marido, ou propor ação de nulidade, ou de anulação do casamento, podem pedir alimentos provisionais. Antes de mover a ação de separação judicial, nulidade ou anulação do matrimônio, requer o autor —

marido ou mulher — a separação de corpos. Desde a data em que o juiz concede a separação, ou antes, pode a mulher pedir os alimentos provisionais (para sustento e *ad liten4,* que lhe serão arbitrados na proporção das necessidades dela e dos recursos do marido (arts. 224 e 400). Os alimentos provisionais. antes ou durante a lide de nulidade absolpta do casamento, são *efeito* do casamento, embora nulo: há nullãade, mas eficácia. Para reclamar pensões alimentícias, não precisa a mulher de assentimento marital, quer se trate de alimentos principais, quer *in litem.*

Na ação de investigação da paternidade ou da maternidade cabe o pedido de alimentos provisionais. Na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, diz o art. 7ª: —Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.‖ Na Lei nº 883, de 21

de outubro de 1949, disse o art. 5ª: —Na hipótese de ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso.‖

Seria de discutir-se se o art. 5ª só se referiu aos filhos havidos fora do matrimônio, pois deles é que cogitaram os arts.

1ª-4ª e a verdadeira solução é afirmativa. Na ação de investigação de paternidade, que se refere a filhos que não poderiam, no direito anterior, propô-la pendente a sociedade conjuga!, é que os alimentos provisionais dependiam da sentença de cognição plena, pois podiam ter proposto, em segredo de justiça, a ação de alimentos; nas outras ações de investigação de paternidade. nao, pois para a questão dos alimentos provisionais tem cognição não-plena o juiz e pode deferir o pedido de alimentos provisionais.

Assim, se não se tratasse de filho adulterino, que propusesse a ação de investigação de paternidade, ou de maternidade, os alimentos seriam deferíveis antes da sentença sobre a paternidade, ou sobre a maternidade. Ainda assim, se, durante a sociedade conjugal do pai, ou da mãe, fosse proposta a ação secreta de investigação para efeito alimentar, conforme o art. 4ª da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, os alimentos que seriam prestados eram acrescidos, em cognição não-plena, do necessário à propositura da ação de investigação (após a dissolução da sociedade conjugal), *provisionalmente.* O art. 59 da Lei nº 883 tinha de ser interpretado em sua íntima ligação com os arts. 4ª e 1ª. A ação, a que se referia o art. 4ª, era a ação de que cogitava o art. 1ª, *antes* da dissolução da sociedade conjugal.

s.

Capítulo IV

Tutela

§ 1.011. Fundamento da tutela

1.

Divisão temporal da vida humana. A lei divide a vida humana, quanto à capacidade natural, base principal da capacidade civil, em dois períodos: *a)* menoridade; Li) maioridade. O primeiro começa ordinariamente do nascimento com vida e acaba aos vinte e um anos; o segundo começa aos vinte e um anos e vai até à morte. Passados os dezoito anos, é possível a *venia aetatis* ou suplemento de idade (art. 92, § 12, 1). No sistema jurídico brasileiro, a despeito do emprego da expressão —emancipação‖, por falta de rigorosa terminologia jurídica do autor e dos críticos do Projeto, não temos o instituto da emancipação, que consiste no ato jurídico, por parte do titular do pátrio poder, de se despojar de todo ele (Tomo 1, §§ 57-61).

2. *Proteção dos menores: direito romano, direito reinícola.* Durante amenoridade, precisa o homem, ou a mulher, de quem os proteja, defenda e administre seus bens. O protetor natural é o pai, ou a mãe, ou, ainda, por assimilação, o pai adotivo; na falta desses, porém, confere-se o encargo a algum dos parentes, ou a estranho, a que se chama *tutor.*

Dai a frase de Paulo, na L. 1, § 1,D., *de tutelis,* 26, 1: .. *apeliantur tutores quasi tuitores atque defensores.* Esse caráter de defensor e protetor é tão essencial à noção de tutela, à sua importância e às responsabilidades que delemanam, que, no antigo direito português, se usavam as expressões —guarda‖ e —guardadores‘ para se designarem a tutela, ou a curatela de menores, e os tutores (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 82: —,.. os Guardadores, que se chamam em Direito de tutores e curaclores de moços, que ficam órfãos‘). Também na Lei das Partidas, Titulo 16, *pr.,* e §§ 1 e 2: —Que cosa es guardar, a que dizem en latim *tutela".* Esse ainda é o sentido de —guarda‘ no Código Civil, art. 1.133,1, quando se fala de guarda de bens pelos testamenteiros, pois —guarda‖ é de origem germânica, cf. médio alto-alemão *warten,* velho alto-alemão *wartên.*

3. *Mulheres.* O direito romano possuía, além da tutela dos impúberes, a tutela perpétua das mulheres. A primeira fundava-se na incapacidade derivada da idade, e recaia sobre os que tinham catorze anos, passando à curatela até os vinte e cinco anos, fossem homens, ou mulheres. Sérvio Sulpício, contemporâneo de Cícero, assim a define: *Tutela est .., vi~ (ius) cc potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure dviii data cc permissa* (Paulo, L. 1, *pr.,* D., *de tutelis,* 26, 1). No segundo caso, a tutela recaia sobre a mulher púbere qualquer que fosse a sua idade; e tinha por fundamento a insegurança do caráter feminino e a sua inexperiência dos negócios, como se conclui do texto de Ulpiano *(Regulae,* XI, 1): *Tutores constiuuntur.. feminis autem tom impuberibus quem puberibus, et propter sexus infimitatem et propter forensium rerum ignorantiam.* Aos órfãos impúberes, dava-se, como se viu, tutela; e aos púberes, curatela. A antiga legislação portuguesa, vigente entre nós até pouco, mantinha essa distinção obsoleta (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulos 102 e 104, § 6), pois a própria Ordenação citada identifica o tutor e o curador, estabelecendo para um e outro as mesmas di~posições legislativas.

Era, porém corrigida a sobrevivência romana pelos tratadistas, que a reconheciam apenas como distinção *nominal* e estudavam conjuntamente a tutela dos impúberes e a curatela dos púberes (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* 560; Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 39).

§ 1.012. Definição e espécies de tutela

1. *Definição.* Tutela é o poder conferido pela lei, ou segundo princípios seus, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder. Tutor é o que foi nomeado para exercer a tutela. Dissemos

—fora do pátrio poder‖; mas há, no sistema jurídico brasileiro a figura do tutor *ad hoc,* que se origina de exigência da lei ou de medida judicial, para certo ato ou atos em que não pode funcionar o titular do pátrio poder ou o próprio tutor. A nomeação dele não atinge o pátrio poder, ou a tutela. De regra, é em campo estranho ao do pátrio poder ou só lhe restringe exercício: porque ou resulta da limitação do próprio pátrio poder (= o pátrio poder não vai até aí), ou de restrição

judicial, em virtude de medida adotada com base no Código Civil, art. 394, ou na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 24. Se o menor está sob tutela, ou provém de limitação *ex lege)* a nomeação, ou é provisória, enquanto não se nomeia tutor definitivo, ou se origina de medida de fiscalização pelo juízo da tutela.

s.

2.

Tutela testamentário, legítima, dativa. Existem três espécies de tutela: a testamentária, a legitima, e a dativa, o) A tutela *testamentária* é a que foi deferida pelo pai ou pela mãe, ou por algum dos avós, por disposição de última vontade. As leis presumem nos pais plena idoneidade e zelo em prover à futura sorte dos filhos, e dai a instituição da tutela *testamentário,* que é espécie de prorrogação, em outrem, dos deveres de proteção ao menor e de administração dos bens. *b)* Chama-se *legítima* a tutela que édeferida aos parentes, segundo a ordem de proximidade, por imediata indicação de lei. Diz-se *legítima,* porque vem do *lei,* e não de *vontade individual.* Ulpiano *(Regu Ice,* Xi, 3) dizia: *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminenticim autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introdocuntur seu pelam, qucles sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.* A razão de chamarem os Romanos legítimos a esses tutores, tem, todavia, outra explicação histórica: a Lei das XII Tábuas era, para eles, a *lei* acima das outras e tudo que derivava dela se chamava *legitim um;* daí as expressões —tutela *legítima',*

—sucessão *legítima"* etc. *c)* Tutela *dativa* é a conferida pelo juiz. No direito romano, *dativus* era o tutor testamentário (Gaio, 1, 154; Ulpiano, XI. 14); mas Modestino já designava por tutor *dativo* o nomeado pelo magistrado (L. 7, D., *rem pupiliivel adulescentis salvam fore,* 46, 6). Foi a Lex Atilia que deu o direito de nomear tutores, em Roma, ao pretor urbano e à maioria dos tribunos da plebe (L. 6, § 2, D., *de tutelis,* 26, 1). Sob o Imperador Cláudio, tal atribuição passou aos Cônsules, e Marco Aurélio, afinal, criou pretor especial, *Prcetor tutelaris* (Capitolinus, *Marco Aurélio,* 10).

3.

Código Civil, art. 406. Diz o Código Civil, art. 406: —Os filhos menores

são postos em tutela: 1 - Falecendo os pais, ou sendo julgados ausentes. 11 - Decaindo os pais do pátrio poder.‘ A ausência não precisa ser julgada, se não está em causa a nomeação de tutor definitivo. Já assim se entendia antes do antigo Código de Menores; e assim se entendeu de acordo com ele (art. 26), depois. Claro que é preciso estarem ausentes ambos os pais, ou se, estando ausente um deles, o outro não tem o pátrio poder.

4.

Ignorância do estado civil do menor. Os menores ficam sob tutela ainda se não se lhes co?~hece o estado civil. Assim, quando o Código Civil, no art. 442,11, diz que cessa a situação de pupilo —caindo o menor sob o pátrio poder no caso de legitimação, reconhecimento ou adoção‖ e, no art. 443, 1, que cessa a função de tutor —expirando o termo, em que era obrigado a servir‖, deixou de explicitar o caso da aparição oq descoberta do pai, que, não privado nem suspenso do pátrio poder, não aparecia, nem se sabia quem era.

5. *Suspensão do pátrio poder.* Se há suspensão do pátrio poder, sendo necessária a nomeação de tutor, *e.g.,* se sobrevém necessidade de representação ou assistência, nomeia-se tutor para o tempo da suspensão. Se apenas se retirou parcela do pátrio poder e é preciso titular para o exercício, com atribuições coextensivas ou inferiores à que foi tirada, nomeia-se tutor especial, coexistindo os dois titulares, se bem que *diferentes* as funções. Se a atribuição *é* restrita a interesses materiais e sem representação ou assistência, o nome adequado é o de curador ad *hoc.* A nomeação do tutor *ad hoc* supõe limitação do pátrio poder, ou incompatibilidade momentânea do pai ou do próprio tutor (restrição).

O antigo Código de Menores, no art. 49, permitiu a entrega de menor, por ordem de autoridade judicial, a particulares sem nomeação de tutor, por faltar ou também não poder exercê-lo o outro genitor. Modo esdrúxulo de proteger menores, estatalismo mal entendido, onde o Estado é, notoriamente, insuficiente para a fiscalização; mas, principalmente, medida de abstenção que denuncia a permissão de *menores sem tutores,* algo de entre a pessoa e as coisas, como os escravos. Naturalmente, isso repugnava ao grau de cultura jurídica a que havíamos chegado. Teve-se de construir a espécie como de guarda, sem representação, àsemelhança da categoria jurídica dos

colégios e dos educadores individuais, originando-se relação jurídica irradiadora de direitos, deveres, pretensões e obrigações. Sob a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 32, 33, § 2ª, 157 e 167, se há motivo grave, e ouvido o órgão do Ministério Público, o Juiz da Infância e da Juventude pode decretar, liminar ou incidentemente, a suspensão do pátrio poder até o julgamento do pedido de tutela. Nessa hipótese defere-se a guarda provisória da criança ou do adolescente a pessoa idônea, que prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.

6.

Princípio dc autonomia da tutela. No direito brasileiro, limitações são feitas aos poderes dos tutores e curadores, como aos dos titulares do pátrio poder. Mas pode ser dito que se assenta o principio da autonomia da tutela *(Prinzip der Selbstãndigkeit des Vormundes).* Sobre isso, Schlecht (Das Prinzip der Selbstãndigkeit des Vormundes, *Grúnhuts Zeitschrift,* 28, 749 s.) e Hans Lilienfeld *(Die Selbstãndigkeit des Vormundes,* 1-3).

s.

7. *Protutor* Chama-se *protutor* o que, sem ter sido legalmente investido de tais funções, as exerce. Não se leva em conta a crença, ou não-crença de o ser . Os deveres são os mesmos dos tutores, inclusive quanto á prestação de contas e à responsabilidade criminal *(e.g.,* se usa da qualidade de tutor para induzir ao ato sexual, ou para abusar do menor).

Se o *protutor* obra de má-fé diz-se *falso tutor.* Os atos do protutor sejam favoráveis, ou não, ao menor, são nulos, ou anuláveis, conforme o menor devia ser representado, ou assistido. O que estava de má-fé, ao contratar, não pode alegar a nulidade, porque seria trazer á justiça a própria torpeza. Se o menor, entre dezesseis e vinte e um anos.

colaborou na mistificação, ou se nela tomou parte. por sua vontade, cabe invocar-se o art. 156. A gestão de negócios alheios rege-se pelos arts.. 1.331-1.345.

Dissemos que o art. 411, 2e parte, não é cogente, mas dispositivo. A 1ª

parte refere-se ao tutor dativo e nem sempre poderá o juiz nomear um só tutor para todos os irmãos; *e.g.,* se um dos menores ficou, no estrangeiro, com o avô, com quem vivia, e o outro ou outros residem no Brasil, onde era o domicílio do pai, e nenhuma conveniência e somente contra-indicações há para a designação do avô para a tutela do menor ou menores que vivam no Brasil e para a designação de outra pessoa para o menor que fica com o avô. O art. 411 é, pois, recomendação ao juiz, para os casos comuns. Quanto à 2ª parte, a regra juridica édispositiva: o que nomeou tutor pode ter querido que haja mais de um, por ser mais conveniente aos menores. Na falta de tal distribuição é que incide o art. 411, 2ª parte. A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 24 de abril de 1951 *(AJ* 107/ 407), teve oportunidade de examinar a‘

espécie; e decidiu com todo o acerto (Desembargador Narcélio de Queirós): —A sentença ratificou uma situação existente há mais de oito anos, conservando em poder do avô paterno e do avô materno os dois menores filhos da segunda agravante, na conformidade da vontade manifestada por atos pelo pai das crianças, recentemente falecido.

Como acentua o julgado, estão os menores em companhia dos avós, desde que seus pais se separaram, há mais de oito anos. O menino não tinha ainda cinco anos quando foi morar com o avô paterno, que o cria e educa. A menina tinha pouco mais de um ano, quando foi acolhida pelo avô materno. Hoje, um tem treze anos, e a outra nove. Tal situação não foi criada contra a vontade dos pais ou à revelia deles. Resultou de livre deliberação daqueles, que nunca manifestaram nenhuma disposição de a modificarem. O interesse dos menores, que deve prevalecer sobre qualquer espécie de emulação ou capricho por parte dos pais ou parentes, está a aconselhar a situação anterior, que atende à vontade expressa do seu falecido pai, filho do primeiro agravante, sendo que a segunda agravante, já depois da morte do marido, ratificou em favor do avô paterno a posse do menino. Como decidiu a sentença, o art. 411 do Código Civil não pode ser aplicado em prejuízo dos interesses dos menores, que sobrelevam quaisquer outros. No caso concreto, as circunstâncias especialíssimas de que os autos dão noticia não podiam autorizar solução diversa da que encontrou o Dr. Juiz, com inexcedível critério.‖ Aliás, o art. 412, alínea 2ª, manda atender-se às circunstâncias, ainda a respeito da tutela dativa.

Princípio da unidade e indivisibilidade da tutela. Do art. 411, que diz —aos irmãos ôrfãos se dará um só tutor‖

e —no caso, porém, de ser nomeado mais de um, por disposição testamentária, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe hão de suceder, pela ordem da nomeação, dado o caso de mode, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento legal‖, tem-se tirado o *princípio da unidade* e *indivisibilidade da tutela.* —Entende-se‖, aí, denuncia tratar-se de regra dispositiva, e não cogente. Não se disse, na terminologia do Código Civil, —entender-se-a'‖ —observar-se-á o seguinte‖. Trata-se, na 1ª parte, de regra que só se refere aos órgãos; na 2ª parte, de regra dispositiva. Aliás, a 1ª mesma não é absoluta. Se os irmãos são unilaterais, ou se residem em países diferentes etc., é possível que não coincidam ou colidam os interesses dos irmãos.

§ 1.013. Menores sob tutela

1.

Quando cabe a tutela. Os menores são postos em tutela: - falecendo os pais, ou sendo julgados ausentes: II -

decaindo os pais do pátrio poder: isto é, quando o juiz lhes retira o pátrio poder por um dos motivos seguintes: *a)* castigar imoderadamente o filho; *b)* deixá-lo em abandono; c) praticar atos contrários àmoral e aos bons costumes; *d)* descumprir injustificadamente os deveres e obrigações a que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 22. Os menores assim colocados sob o poder do tutor chamam-se pupilos ou tutelados (L. 239, *pr.,* D., *de verborurn significatione,* 50, 16).

Ficam sujeitos a tutela os menores a que se desconheçam os pais. Tal tutela dura enquanto um deles não os reconhece, ou não transita em julgado a sentença que se prof ira na ação de investigação de paternidade ou de maternidade.

A tutela cabe se o titular do pátrio poder é o pai e, sem haver mãe, que possa ter o pátrio poder, morre, ou foi ou s.

éjulgado ausente, ou perde o pátrio poder. A tutela, no caso de ser julgado ausente o titular do pátrio poder, sem que a titularidade vá a outro genitor, é somente para o tempo em que esteja ausente o que havia de ser o titular do pátrio poder. Se o pai, ou mãe, titular do pátrio poder, que foi julgado ausente, aparece, houve apenas *suspensão* do pátrio Vder. Poder-se-ia dizer que o pátrio poder, aí, se perdeu e o genitor ausente, que aparece, o readquire, porém não é essa a construção no direito brasileiro, porque o art. 392 não considera causa de perda do pátrio poder a ausência *(aliter,* o que se estatuiu no Código Civil alemão, § 1.679, alíneas 1ª e 2ª onde foi de discutir se a declgação da aparição seria impugnação da aparência, Herbert Meyer, *Der Rechtsschein des Todes,* 22 e 49 s., ou confirmação da validade; no direito brasileiro, há apenas declaração de ausência, sem que o julgamento da desaparição ou a própria presunção de morte implique mais do que incapacidade, art. 59, IV).

Em consonância com o Código Civil, art. 393, na redação anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, XII, estatuia o Código de Processo Civil de 1939, art. 602: —Se a viúva, que tiver filhos menores, convolar a segundas núpcias, o oficial do Registro Civil, sob pena de multa de cinquenta a duzentos mil réis, remeterá certidão do termo do casamento ao juiz competente, que nomeará pessoa idônea para assumir a tutela.‖

Aliás, nomearia ele tutor, de acordo com a lei civil. Deviam-se dar tutores a todos os órfãos ou sejam ricos, ou pobres, ou abandonados.

Não há tutor sem ato judicial de nomeação. Há, da parte de quem foi designado testamentariamente, ou de quem é, em ordem legal, o apontado como tutor legítimo, pretensão á nomeação, pretensão que deixa de existir se a nomeação seria perigosa para o interesse do menor. Há, em verdade, vocação ou chamamento à tutela, a que — se estão satisfeitos os pressupostos segundo o sistema jurídico — correspondem o direito e a pretensão à tutela.

2. *Menores até os dezesseis anos.* Até os dezesseis anos os menores são absolutamente incapazes e seus atos não criam válida relação de direito. O ato praticado pelo menor de dezesseis anos não constitui ato válido; foi simples materialidade de fato, gesto sem a necessária finalidade imputável, que é o característico das declarações de

vontade geradoras de atos jurídicos, ou *jurigêneas,* como o diria, em neologismo feliz, Edmond Picard. Assim a compra ou a venda, feita pelo menor de dezesseis anos, é nula, porque tal comprador, ou vendedor, tinha de ser representado pelo pai, ou tutor.

3. *Menores* após *os dezesseis anos.* Nos atos do que perfez dezesseis anos, ou do que é maior de dezesseis anos e menor de vinte e um, a interferência do tutor é menos necessária. O menor pratica o ato; o tutor *assente, assiste-o, permite.* Dissemos *assente* ou *assiste,* porque, a vontade do tutor é supletiva e tem por fim completar a vontade do menor, donde distinção rigorosa entre *assentir* e *consentir.* (Dever-se-ia reservar a palavra —autorização‖ para os atos do Estado, atendendo-se a que, na venda de imóveis, por exemplo, não há diferença específica entre o *assentimento* da mulher e a chamada *autorização* do marido.)

4.

Atos ilícitos. Os atos ilícitos praticados pelo menor de dezesseis anos não no tornam responsável pela reparação civil; mas, atendendo-se a que os menores estão sempre sob o pátrio poder, ou sob tutela, são responsáveis pela reparação os pais, ou tutores, que os tenham em sua companhia e sob seu poder. No Capitulo relativo ao pátrio poder dissemos o suficiente sobre a responsabilidade dos pais. Resta-nos tratar da responsabilidade dos tutores. O art.

1.521 do Código Civil dispõe serem responsáveis pela reparação civil: -

os pais, pelos filhos menores, *que*

estiverem sob seu poder e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, *que se acharem* nas *mesmas* condições, isto é, que estiverem sob seu poder e em sua companhia. Do art. 1.521, II, vê-se que a palavra

—poder‖ não significa —pátrio poder‖. mas a simples situação de fato permitida em direito. Assim, se o tutor tem em sua casa o pupilo, temos a espécie a que se refere o inc. II do art. 1.521, pois que o tutelado está sob o poder e em companhia do tutor. Os atos ilícitos praticados pelo menor de dezesseis anos, embora não acarretem a responsabilidade dele, tornam *responsável* o tutor, pela culpa *in*

vigilando. Se o menor tem mais de dezesseis anos, será responsável pela reparação civil, e o tutor, em tal caso, por força do art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil, *so)idariamente"responsável.*

O

Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, art. 27, § 79, reproduzido no art. 68, § 49, do Decreto nº

17.943 A, de 12 de outubro de 1927, revogado, estatuíra: —São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vijilância, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência (Código Civil, arts. 1.521 e 1.523). ‖ Se não houve guarda fundada em lei, ou em ato de autoridade pública, o fato de guardar o menor importa em assunção de dever de vigiar, de modo que a infração desse s.

dever gera a responsabilidade fundada em *culpa in viqilando* (Tomo II, §§ 178 e 197, 1).

5.

Poder guarda, companhia. Se o menor não *está em companhia do tutor,* a responsabilidade desse também é patente, porque nada lhe permite entregar a outrem parte do exercício da tutela, salvo provimento judicial. O dever de reger a pessoa do menor, de zelar por ele e administrar-lhe os bens compete ao autor. Se esse os passa a outrem, a ordem jurídica em nada fica prejudicada, porque a tutela é *indelegável.* O tutor é responsável pela reparação, embora lhe fique a ação regressiva contra o diretor do colégio, do instituto, ou qualquer outra pessoa sob cuja guarda estava o pupilo.

6.

Tutela precária. Existia, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, Xli, caso de tutela *precária,* a que se dava ao filho, ou aos filhos da mulher que passava a novas núpcias. A mãe, em tal emergência, competia ter o filho ou os filhos em sua companhia e guarda, embora perdesse todos os outros direitos inerentes ao pátrio poder, salvo os que advinham do fato de têlos em sua guarda, como fossem: reclamá-los de quem ilegalmente os detivesse; exigir que lhe

prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e situação social.

Se o filho, no caso acima, praticava ato ilícito, a reparação civil competia à mãe, e não ao tutor, a quem cabia apenas representar o pupilo nos atos da vida civil e exercer os atos relativos aos bens do menor.

7.

Tutela dos filhos havidos fora do casamento. O filho havido fora do casamento, que foi reconhecido pelo pai, fica sob o pátrio poder desse. O art. 360 do Código Civil dissera: —O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o pátrio poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai.‖

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, na redação que a Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, deu ao art. 16

disse: —O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe. salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. Anteriormente, o Decreto-Lei nº 3.200, art. 16, dizia: —O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei.‖ O Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943, deu-lhe outra redação: —O filho, natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.‖ Pergunta-se, quanto ao Decreto nº 5.213, art. 1ª: ~permitiu-se ao juiz, que nomeasse tutor ao menor que tem pai, ou mãe, com pátrio poden sem ser em ação própria em que se destitua o titular do pátrio poder e se nomeie, em conseqüência, o tutor? Era preciso que houvesse destituição do pátrio poder, para que se pudesse nomear tutor. A decisão é constitutiva negativa, seguida de decisão constitutiva positiva. Quanto ao problema de técnica legislativa, os legisladores podem: *a)* exigir o processo ordinário, ou permitir o processo especial ou a postulação *incidenter; b)* exigir a propositura da ação adequada, a cuja sentença siga a decisão de nomeação, sem recurso com suspensão, ou só após o trânsito em julgado. Na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 1ª, foi dito: —Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.‖ O

art. 2ª da Lei nº 8.069 estatui ser criança, para os efeitos dessa lei, a

pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, e admite nos casos que a lei explicitar a incidência excepcional de suas regras jurídicas às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Sem prejuízo dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tais o direito à vida e àsaúde (arts. 7ª-14), o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts.. 15-18), o direito à convivência familiar e comunitária (mis. 19-24), o direito à educação, á cultura, ao esporte e ao lazer (arts.. 53-59), o direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60-69), bem assim da garantia das

—oportunidades e facilidades que lhes propicie o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade‖ (art. 39), a Lei n0 8.069, art. 98, no que concerne às medidas de proteção, prevê: —As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados: 1 - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsavel; III - em razão de sua conduta.‖ No art. 99: —As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituidas a qualquer tempo. No art. 100: —Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aqueles que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.‖ Aí, é evidente que se supõe cognição judicial após a qual se tenha declarado a existência do suporte fático de incidência da Lei nº 8.069, art. 98. Não pode isso ficar à mercê de autoridades policiais. Já sob o regime do antigo Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (Código de Menores), o fato de se entregar a criança de menos de dois anos de idade a criar, ou a ablactação, ou guarda, fora da casa do titular do pátrio poder ou da pessoa responsável, mediante retribuição (Decreto nº 17.943 A, art. 2v), permitia a vigilância da autoridade pública, com o fim de se lhe proteger a vida e a saúde (intromissão permitida na esfera jurídica alheia, Tomo II, §§ 188-190); porém não importava perda ou limitação ou restrição do pátrio poder. O art. 101 da Lei nº

8.069 diz quais são as medidas que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente s.

poderá determinar dentre outras: —1 - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante, termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matricula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxilio à família, à

criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta.‘ O art. 129 fala das medidas aplicáveis aos pais ou responsável: —1 - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III -

encaminhamento e tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI -

obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder.‘ Complementa o art. 130: —Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.‖ O art. 56 cogita do dever de comunicação: —Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: 1 - maus-tratos envolvendo seus alunos; II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III - elevados níveis de repetência.‖ Também o art. 231, com a tipificação de ato ilícito criminal e previsão da sanção:

—Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada: Pena — detenção de seis meses a dois anos.‘ E o a art. 245, que caracteriza infração administrativa e fala da sanção:

—Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-

escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente: Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicandnº-se o dobro em caso de reincidência.‖ Os arts. 86-95 pertencem igualmente ao direito público. Nos arts. 86-89, tratou-se da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Nos arts. 90-97, das entidades

governamentais e não-governamentais de atendimento, bem assim de sua fiscalização pelo Poder Judiciário, Ministéri,o Público e Conselhos Tutelares. Diz o art. 90: —As entidades de atendimentos são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: -

orientação e apoio sócio-familiar; II - apoio sócio-

educativo em meio aberto; III - colocação familiar; IV - abrigo; V - liberdade assistida; Vi - semiliberdade; VII -

internação.‖ Parágrafo único: —As entidades governamentais e não-governamentais deverão proceder a inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.‘ Art. 91:

—As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.‖ Parágrafo único: —Será negado o registro à entidade que: *a)* não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; *b)* não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta lei; *c)* esteja irregularmente constituída; *d)* tenha em seus quadros pessoas inidôneas.‖ Art. 92: —As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios: 1 -

preservação dos vínculos familiares; II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manuten-

ção na família de origem; III - atendimento personalizado e em pequenos grupos; IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação; V - não-desmembramento de grupos de irmãos; VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados; VII - participação na vida da comunidade local; VIII - preparação gradativa para o desligamento; IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.‖ Parágrafo único: —O dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.‖ Art. 93: —As entidades que

mantenham programas de abrigo poderão, em caráter excepcional e de urgência, abrigar crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato até o 2ª dia útil imediato.‘ Art. 94: —As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: 1 - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes; II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação; III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos; IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares; VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares; VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados á faixa etária dos adolescentes atendidos; IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e s.

farmacêuticos; X - propiciar escolarização e profissionalização; XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso; XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente; XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual; XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescente portadores de moléstias infecto-contagiosas; XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; XVIII -

manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.‖ § 1ª: —Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programa de abrigo.‖ § 2ª: —No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencial-mente os recursos da comunidade.‖ Quanto à fiscalização, o art. 95 definiu-a: —As

entidades governamentaís.)g nao-governamentais, referidas no art. 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.‖ No art. 97 foram previstas as medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem as obrigações constantes do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos: —1 - às entidades governamentais: a) advertência; *b)* afastamento provisório de seus dirigentes; c) afastamento definitivo de seus dirigentes; *d)* fechamento de unidade ou interdição de programa. II - às entidades não-governamentais: a) advertência; *b)* suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas; c)

interdição de unidades ou suspensão de programas; *d)* cassação do registro.‖ Acrescentou o parágrafo único:

—Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.‖

No que concerne ao direito à convivência familiar e comunitária, o art. 19 diz: —Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.‖ Os arts. 25-27 trataram da família natural:

—Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. O

reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.‖ O art. 28 cuidou da colocação em família substituta, estabelecendo que ela se fará mediante guarda, tutela ou adoção,

independentemente da situação juridica da criança ou adolescente. Pelo § 1ª, sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada, ao passo que de acordo com o § 2ª se levará em conta, na apreciação do pedido, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida. Diz o art. 29: —Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.‖

O art. 30: —A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou nãogovernamentais, sem autorização judicial.‖ E o art. 32: —Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.‖ O

art. 33 ocupou-se da guarda: —A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.‖ § 1ª —A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.‖ § 2ª: —Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.‖ § 3ª: —A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdencíarios.

De conformidade com o art. 34, o Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, podendo-se dar, segundo o art. 35, sua revogação a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o órgão presentante do Ministério Público. A tutela é objeto do art. 36, que estabelece seu deferimento a pessoa de até vinte e um anos incompletos, nos termos da lei civil, pressuposta a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e suposto o necessário dever de guarda. Quanto à especialização de hipoteca legal, o art. 37 prevê sua dispensa sempre que o tutelado não possuir bens ou rendimentos, ou por qtalquer outro motivo relevante, como se os bens existentes em nome do tutelado constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro

de imóveis, ou se os s.

rendimentos forem suficientes apenas para a mantença do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.

Estatui o art. 21: —O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.‖ E o art. 22: _Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.‖ Também o art. 23: —A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.‖ Parágrafo único: —Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.‖ O art. 24 tem certa relevância para a questão que aqui nos interessa, porque aponta as causas de perda e suspensão do pátrio poder, com remissão ao Código Civil brasileiro, arts. 394-395, e afasta que se possa pensar em perda do pátrio poder ipso iure: A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.‖

Quanto ao procedimento, após estatuir que a ele se aplicam as regras jurídicas gerais previstas na legislação processual pertinente (art. 152), os mis. 155-163 estabeleceram-no. O art. 155 diz: —O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá inicio por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legitimo interesse.‖

Art. 156: —A petição indicará: 1 - a autoridade judiciária a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público; III - a exposição sumária do fato e o pedido; IV - as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.‖ Art. 157: —Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da

causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.‖ Art. 158: —O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.‖ Parágrafo único:

—Deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal.‖ Art. 159: —Se o requerido não tiver possibilidade de constituir advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, poderá requerer, em cartório autos.‖ O art. 33

ocupou-se da guarda: —A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.‖ § 1ª: —A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidental-mente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.‖ § 2ª: —Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.‖ § 3ª: —A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.‖

De conformidade com o art. 34, o Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, podendo-se dar, segundo o art. 35, sua revogação a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o árgão presentante do MinistériooPúblico. A tutela é objeto do art. 36, que estabelece seu deferimento a pessoa de até vinte e um anos incompletos, nos termos da lei civil, pressuposta a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e suposto o necessário dever de guarda. Quanto à especialização de hipoteca legal, o art. 37 prevê sua dispensa sempre que o tutelado nao possuir bens ou rendimentos, ou por qualquer outro motivo relevante, como se os bens existentes em nome do tutelado constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro de imóveis, ou se os rendimentos forem suficientes apenas para a mantença do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.

Estatui o art. 21: —O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de

discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.‖ E o art. 22: —Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.‖ Também o art. 23: —A falta ou a carência de recursos materiais não institui motivo suficiente para Ejer‖ Parágrafo único: —Não a perda ou a suspensão do pátrio poder autorize a decretação da existindo outro motivo que porque será mantido em sua família medida, a criança ou o adolescente ser incluída em prograde origem, a qual deverá obrigatoriamente ceder relevancia para a mas oficiais de auxilio.‖ O art. 2ª aponta as causas de perda questão que aqui nos interessa, porque ao Código Civil brae suspensão do pátrio poder, com brasileiro, arts.

394-395, e afasta que ou possa pensar em perda do pátrio poder ipso i *ure:* —A perda *e* suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, *em* procedimento contraditório, bem como na hipótese de nos casos previstos na legislação civil‘ descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.‖ estatuir que a ele se s.

aplicam Quanto ao procedimento, após legislação processual pedias regras jurídicas gerais previstas estabeleceram-no. O art. 155 e (art. 152), os arts.. 155-163 e ou a suspensão do pátrio diz: —O procedimento para a perda Ministério Público ou de poder terá início por provocação art. 156: —A petição indicará: quem tenha legítimo interesse.‖ Art -

a autoridade judiciária a que for diririgida; II - o nome, o estado requerente e do requerido, civil, a profissão e a residência do ido de pedido formulado por dispensada a qualificação em se tratar - a exposição sumária do representante do Ministério Público; arão produzidas, oferecendo, fato e o pedido; IV - as provas que documentos Art. 157: —Ha desde logo, o rol de testemunhas autoridade judiciária, ouvido o vendo motivo grave, poderá a aut5ã0 do pátrio poder, liminar Ministério Público, decretar a suspensão definitivo da causa, ficando ou incidentalmente, atê o julgamento a criança ou adolescente confiado a idônea, mediante termo de responsabilidade.‖ Art. 158: p requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendticdjesde logo, o rol de testemunhas e documentos.‖ Parágrafo —Deverão ser esgotados Art. 159: —Se o requerido todos os meios para a citação pessoa advogado, sem

prejuízo do não tiver possibilidade de constituir requerer, em cadório próprio sustento e de sua família, poderá que lhe seja nomeado dativo, ao qual incumbirá a apresentação de resposta, contando-se o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação.‖ Art. 160: —Sendo necessário, a autoridade judiciária requisitará de qualquer repartição ou árgão público a apresentação de documento que interesse à causa, de ofício ou a requerimento das partes do Ministério Público.‖ Art. 161: —Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo.‖ § 1ª: —Havendo necessidade, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oltiva de testemunhas.‖ § 2ª: —Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oltiva da criança ou adolescente.‖ Art. 162: ═Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministêrio Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento.‖ §

1ª: —A requerimento de qualquer das partes, do Ministério Público, ou de ofício, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou, se possível, de perícia po? equipe interprofissional.‖ § : —Na audiência, 2ª

presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente, o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamcnte o requerente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por{nais dez. A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de cinco dias.‖

Art. 163: —A sentença que decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.‖ O art. 169 disse: —Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capitulo.‖ E o parágrafo único explicitou:

—A perda ou a modificação da guarda poderá ser decretada nos mesmos autos do procedimento, observado o disposto no art. 35.‖ Temos, assim, que não ê possível, fora da aplicação dos arts. 155-163, decretar-se perda ou suspensão do pátrio poder, quando se tratar de

criança ou de adolescente nas hipóteses do art. 98; o sistema juridico brasileiro somente permite a postulação incidental e a cognição de oficio acerca da perda ou da modificação da guarda nos mesmos autos do procedimento, porque, ai, a articulação e a prova são comuns às duas ações, à de colocação em família substituta e à de desconstituição ou modificação da guarda. No Decreto-Lei nº 5.452, de IS de maio de 1943

(Consolidação das Leis do Trabalho), art. 437, parágrafo único, previu-se: —Perderá o pátrio poder ou será destituido da tutela, além da multa, em que incorrer, o pai, mãe ou tutor, que concorrer, por ação, ou omissão, para que o menor trabalhe nas atividades previstas no § 1ºdo art. 405.‖ O art. 405, com a redação que lhe fora dada pelo Decreto-Lei ri2

229, de 28 de fevereiro de 1967, assim estatula: Ao menor não será permitido o trabalho: 1 - nos Locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor-Geral do Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho; II em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.‖ No § 1ª:

═Excetuam-se da proibição do item 1 os menores aprendizes maiores de 16 (dezesseis) anos, estagiários de cursos de aprendizagem, na forma da lei, desde que os locais de trabalho tenham sido previamente vistoriados e aprovados pela autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, com homologação pelo Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, devendo os menores ser submetidos a exame médico semestral-mente.‖ No § 2ª: —O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuizo à sua formação moral.‖ No § 3ª: —Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo em teatros de revista, cinemas, boates. cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta *e* outras semelhantes. c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.‖ No § 4ª: —Nas localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornaleiros, s.

só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho a que alude o §

2ª.‖ E no § 5ª: —Aplicase ao menor o disposto no art. 390 e seu parágrafo único.‖ Sob a Constituição de 1988, art. 7º

XXXIII, consagrou-se a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz. Na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts.

60-69, está a sedes materide pertinente ao direito à profissionalização e à proteção no trabalho da criança e do adolescente.

§ 1.014. Tutela testamentária

1. Como se confere. A tutela testamentária é assaz relevante e pode ser conferida em testamento válido, ou em qualquer outro documento autêntico (art. 407, parágrafo único). Não vale a nomeação, sendo nulo o testamento. Mas pode valer se, válido o testamento, são nulas todas as outras disposições de última vontade. Estatui o art. 407: —O

direito de nomear$utor compete ao pai, àmãe, ao avô paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida.‖ E acrescenta o parágrafo único:

—A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.‖ Lê-se no Código de Processo Civil, art. 1.187:

—O tutor ou curador será intimado a prestar compromisso no prazo de cinco (5) dias contados: 1 - da nomeação feita na conformidade da lei civil; II - da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituido.‖ No Código de Processo Civil de 1939, lia-se no art. 600ª. —Os tutores e curadores serão nomeados na conformidade da lei civil.‖ § 1ª:

—A nomeação far-se-á logo que ocorra a causa da tutela, ou curatela.‖ § 22: —Os tutores testamentários entrarão em exercício depois de cumprir-Se O testamento que os houver instituído.‖ —Depois de

cumprir-se‖, dizia o § 2ª

—cumprir-se‖ estava ai, em gritante impropriedade, por —obter-se o cumpra-se : nao se aguarda que se cumpra o testamento, o que seria absurdo; aguarda-se, apenas, que o testamento obtenha o cumpra-se.

2.

O direito de nomear tutor. O direito de nomear tutor compete: a) Ao pai que tenha pátrio poder ao tempo de sua morte. Se o menor era adotado e estava, por isso, sob o pátrio poder do adotante, e esse morre, não passa o menor ao pátrio poder dos pais consangflíneos. Ainda se os tem, é válida a nomeação de tutor feita pelo adotante. *b)* Se modo o pai, à mãe que esteja investida de pátrio poder. c) Se ambos os pais faleceram, ao avô ou avó paternos: modos esses, ao avô materno, depois à avó materna.

~Pode o pai adotivo nomear tutor testamentário? Na adoção, o pátrio poder cessa ao pai consangUíneo e nasce ao adotante (art. 378), e no pátrio poder está incluido o direito de nomear tutor por testamento (art. 384, IV). Se a lei não exigisse do pai consangUíneo, para nomear tutor por testamento, o estar investido do pátrio poder, não teria direito algum nesse sentido o adotante: mas a lei prevê a deslocação da *patria* potestos. Se, no caso, não pode nomear tutor o pai natural, pode o adotivo, a quem nasceram os direitos e deveres constitutivos do pátrio poder.

A ligação do direito de nomear tutor para o menor em testamento ao pátrio poder é romanismo obsoleto. Operou-se a evolução do direito luso-brasileiro no sentido de se acatar a nomeação feita pela própria mãe, que não tinha, pelo direito reinicola, pátrio poder. Segundo as Ordenações Afonsinas, ao pai é que cabia estabelecer —guardador a seu filho em seu testamento‖, chamado tutor testamenteiro (sic), —que é tanto dizer como tutor, que é dado em testamento de outrem‖ (Livro IV, Título 82, *pr.,* e § 1). Também podia designar tutor ou curador testamentário o avô, quanto ao neto que estivesse em seu poder (Livro IV, Titulo 83, pr.). Nas Ordenações Manuelinas (Livro 1, Titulo 67, § 20) já se não falava de ter o avô consigo o neto; e contemplava-se como legitimada à designação de tutor ou curador a mãe, que, conforme o direito manuelino, não tinha pátrio poder. Nas Ordenações Eilipinas (Livro IV, Título 102, § 1), trataram-se igualmente pai e avô, equiparando-se, no § 2ª o pai não-legítimo e a

mãe, legítima ou ilegítima: —E se algum pai em testamento deixar tutor, ou curador a seu filho natural, e não legitimo, ou a mãe deixasse tutor, ou curador em seu testamento a seus filhos, estas tais tutorias, ou curadorias devem ser confirmadas pelo juiz dos órfãos, se vir que os tais tutores ou curadores são para isso pedencentes. ‖ Frisando-se que o poder designar tutor ou curador é um dos elementos do pátrio poder, de modo que se põe em primeira plana a designação feita por ele, mas é inerente à qualidade de pai ou de mãe, ou a de avô ou de avó, restituimos ao sistema jurídico brasileiro o que interpretação menos aprofundada lhe havia arrancado. Somente não tem tal direito o pai ou mãe a que foi retirado o pátrio poder, ou esse mesmo direito, ou o avô ou avó a que foi negada ou tirada a tutela ou curatela. Dentro desses princípios, readquire inteireza lógica o sistema jurídico, no tocante ao direito protetivo.

s.

Anteriormente à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, XII, a mãe que não tivesse o pátrio poder por se ter casado (art. 393) poderia, a despeito disso, nomear tutor testamentário (art. 407), porque tal direito não se origina do pátrio poder, posto que esteja incluído no rol dos direitos que têm os titulares do pátrio poder (art. 384, IV)i Enviuvando, recuperaria o pátrio poder.

Na falta de tutor nomeado pelo pai adotivo, ou pela mãe adotiva, tem direito de nomeação o pai consangUíneo, ou a mãe consangúínea.

O art. 408 parecia ligar o direito de nomeação ao pátrio poder, mas, sob o nº 4, discute-se o assunto.

A designação pela pessoa que, pela ordem, vem após outra, que também designou tutor, não é nula, — é ineficaz. Se a do preferente se julga nula, ou se anula, ou, respeito ao designado, não se impliu a condição, vem, em seu lugar, a feita pela posse que está na classe inferior dos legitimados à designação de tutor.

Se o tutor designado pelo preferente já perdeu a tutela, por advento de termO, ou implemento de condição, atende-se à designação pela pes5oa que está, entre os legitimados à designação de tutor, em classe abaixo Resta saber-se se o legitimado à designação de tutor pode, em

vez de designar, excluir. Quanto aos pais é expresso o art. 413, III. O direito de excluir está contido no de designar; porque e designar os idôneos, menos um, que se aponta.

Porém não se pode alterar a ordem das legitimações à tutela legítima, salvo quando se é genitor. Se se altera por exclusão de alguém, apontando-se razão de incapacidade, tal manifestação de vontade contém *comunicação* de *fato,* a que se há de apurar, em juízo, a verdade.

Nacionalidade, raça e convicções políticas não são causa de incapacidade, nem de escusa. Todavia, deve o juiz abster-se de nomear tutor do menor de nacionalidade N o nacional do país M que está em guerra com o país N, salvo se o impõe o interesse do menor.

3. Ato *jurídico* da nomeação. A nomeação testamentária do tutor pode ser feitô: a) Pura e simplesmente *(pure),* como se alguém nomeia outrem tutor do seu filho, ou neto, e nesse caso, não sendo incapaz, nem se escusando o nomeado, a ele é deferida a tutoria. E,) A cedo tempo (ad *certuni tempus).* Exemplo: se a nomeação foi feita dispondo-se que o nomeado exerça a tutoria durante quatro anos, até que o menor atinja os dezesseis anos, ou mesmó até dia cedo (ad diem). Em tal espécie, exercida a tutela durante o prai0 marcado, ou até o dia escolhido, pode o mesmo tutor, por nomeação do juiz, continuar no exercício, salvo se há outro tutor teetamentário, ou legítimo, ou se dispôs contrariamente o pai, ou a mãe, ou o avô nomeante. *c)* A partir de cedo tempo (ex *certo* tempore), ou dia (a die), como se a nomeação declara que o tutor testamentário será investido de suas funções quando o menor completar ceda idade (catorze anos, por exemplo), ou a partir de 1ª de janeiro de 1948. O juiz, na ocasião, defere a tutela a-outro tutor testamentário, se o há, ou ao tutor legitimo, ou, na falta deles, nomeia pessoa idônea (tutor dativo), para exercer a tutela até o tempo, ou dia marcado pelo testador, quando, exonerado o atual, a defere ao nomeado ex certo *tem pore,* ou a die. d) Sob condição *(sub* condicione). Exemplo: se a nomeação exigiu que só se deferisse a tutela em sendo já casada a pessoa sobre quem recaiu a escolha; se o nomeante fixa a gratificação a ser dada ao tutor; se declara exonerado o tutor no dia em que enviuvar; se requer que, para o exercicio da tutela, se haja casado o nomeado com alguém etc.

Tais regras, provindas do direito romano, são inteiramente aplicáveis no direito brasileiro. As Institutas (1, 14, § 3) eram expressas: Ad

certum tempus, seu ex certo *tempare, vel sub* condicione ... *posse dari tutorern,* non dubitatur *Certae* autem rei vel causae *tutor* dari non potest. O Código Civil brasileiro, uma vez que não proibe, faculta a nomeação sob condição ou a termo.

4. *Pai* ou mãe sem *pátrio poder.* Estatuí o art. 408: —Nula é a nomeação de tutor pelo pai, ou pela mãe, que, ao tempo de sua morte, não tenha o pátrio poder‖ Pergunta-se: ~vale a nomeação pelo avô paterno, se o pai do menor não tinha o pátrio poder? Se o pai não no tinha pelo fato de não haver reconhecido o filho, não há o problema: falta o pai; e, por isso mesmo, falta avô paterno. Se o perdeu, entendem algunsi(Estevam de Almeida, 1 M. de Carvalho Santos) que o avô paterno não tem direito ànomeação; tê-lo-ia o materno, se com a mãe estava o pátrio poder. Clovis Bevilacqua argumenta de leqe Jerenda contra o direito do avô, em geral. Tudo isso é contra o texto da lei. A nomeação pelo pai, ou pela mãe, atende ao pátrio poder. Pelo avô, não; porque avô e avó não têm pátrio poder, e seria contra os principios que fossem hereditárias as condenações pessoais. Se o avô paterno foi excluido da tutela, então, sim: seria s.

ilógico que se reconhecesse direito de nomear tutor a quem tutor não poderia ser Diga-se o mesmo quanto ao avô materno.

O art. 408 não cogitou do pai, ou da mãe, que não tinha o pátrio poder por ter havido adoção, ou núpcias da mãe com outra pessoa que o pai do menor. Apenas atinge ao pai, ou mãe, a que se tirou o pátrio poder. Se o filho foi adotado, ou o adotante nomeia o tutor, ou o deixa de nomear: se o nomeia, nenhum problema surge; se o não nomeia e o pai consanguíneo, ou mãe consangúínea também não no nomeia, também se dá a nomeação do tutor legitimo ou do dativo; se o não nomeia e o pai consanguíneo, ou a mãe consangúínea o nomeia, atende-se à nomeação pelo pai consanguíneo, ou pela mãe consangúínea. Se o nomeia e também o nomeia o pai cosangúinea, ou a mãe consangúinea, a nomeação pelo pai consanguíneo, ou pela mãe consangúinea, é *ineficaz,* — somente se eficaciza se é julgada nula ou anulada ou caduca a nomeação pelo pai adotivo ou pela mãe adotiva.

A designação do tutor há de ser em testamento ou em documento autêntico. Trata-se de negócio jurídico unilateral, que não pode bilateralizar-se. Ainda que em documento autêntico, é revogável, e não entraria no mundo jurídico a declaração de se fazer

irrevogavelmente. E unilateral, ainda se inserta em negócio jurídico bilateral.

Se o pai, ou mãe, no momento da designação, podia fazêla, a ulterior perda do pátrio poder torna *ineficaz* a designação.

O pai suspenso do pátrio poder pode, durante o tempo da suspensão, nomear tutor; se falece em tempo em que o exercia, ou durante a suspensão, vale e é eficaz a nomeação, ainda que feito o testamento quando se achava suspenso.

Se, o priori, ao pai somente foram suspensos alguns elementos do pátrio poder, pode ele nomear tutor, salvo se se trata do próprio direito de nomeação de tutor (art. 384,1V). O acórdão do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 18

de abril de 1928, não distinguiu, o que seria absurdo.

5.

Condições inexistentes. Considerando-se inexistentes as condições: a) se fisicamente impossíveis; *b)* se consistem em não se fazer coisa impossível (art. 116). Tem-se como inexistente o prazo ou o termo no que excede a menoridade ou vai além do dia do suplemento de idade.

6.

Nulas. São nulas, em geral, as condições: a) juridicamente impossíveis, e.g., dividir o exercício da tutela entre dois ou mais tutores, eximir o tutor da prestação de contas etc.; *b)* se importam objeto ilícito. A condição inexistente reputa-se não escrita- A nulidade da cláusula não prejudica a nomeação na parte válida, se essa é separável.

7.

Juridicamente impossiveis. Entre as condições juridicamente impossíveis está a da divisão ou alteração da tutoria? A tutela concerne à proteção da pessoa do menor, e nao aos seus bens, embora ao tutor se dê a função consequente de administrar os bens do pupilo. Por isso, diz-se, não se pode nomear tutor para cedos bens do menor,

ou para representá-lo ou suprir a sua incapacidade em determinado negócio, porque a tutela se defere *indivisiuelmente* e recai diretamente sobre a pessoa, e não sobre os bens ou negócios: Certae rei *vel causae* tutor dari non potest, *quia* personae, non causae *vel rei datur* (Institutas, 1, 14, § 4). Embora prevaleça a opinião da indivisibilidade, pode o pai, ou a mãe, ou o avô, que nomeou ititor testamentário, designar curador especial para os bens deixados ao menor, por ele instituído herdeiro, ou legatário, porque tal nomeação pode ser feita por qualquer pessoa, ainda que o menor se ache sob pátrio poder, ou tutela (art. 411, parágrafo único).

8.

Testamento. Ainda que o testamento em que se fez a nomeação do tutor não seja perfeito e solene, deve-se preferir tal tutor a qualquer outro, achando o juiz que ele tenha as qualidades necessárias; pois que tal nomeação feita pelo pai, mãe, ou avo do órfão, se deve presumir acertada (Pereira de Carvalho, Processo *Orfanológico,* 112). Não quer dizer isso que o juiz seja obrigado a confirmar a nomeação, se prejudicial, nem a preterir tutores legítimos, se os há. Diz o art. 411: Aos irmãos ôrfãos se dará um só tutor. No caso, porém, de ser nomeado mais de um, por disposição testamentária, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe hão de suceder pela ordem da nomeação, dado o caso de mode, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento legal.‖ E o parágrafo único: —Quem instituiu um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o menor se ache sob o pátrio poder, ou sob tutela.‖ O tutor, nomeado valida-mente para um filho, entende-se nomeado para todos, inclusive os póstumos (L. 5, D., *de* testamentaria *tutela,* 26, 2).

9. *Preteri*ção. Se o avô, ou a avó, nomeia tutor, em testamento, vale a nomeação se o genitor a quem caberia nomear não o poderia exercer É inaceitável a preterição da mãe, ainda pela nomeação de tutor em testamento do pai. Assim, é s.

de invocar-se, no caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça da Bahia, de 29 de agosto de 1893, porém não o de 27 de maio de 1895. Se há parente que possa ser tutor, a nomeação pelo avô paterno, ou materno, não o pretere. Só a nomeação pelos pais antecede, na ordem, a indicação legal dos parentes: —Em falta de tutor nomeado *pelos pais*

, diz o art. 409, *pr.* O avô pode não exercer, na ocasião da feitura do testamento, ou da mode, a tutela (sem razão, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, 5 de julho de 1924, RD 73/620); e.g., se sabe do próximo casamento da mãe do menor, viúva ou —ilegítima‖. A jurisprudência que deu preferência ao tutor nomeado pelo avô, e não aos parentes mencionados no art. 409, é inaceitável (errados, Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 20 de abril de 1923, 11 de março de 1924; Supremo Tribunal Federal, 12 de julho de 1924, *RD* 73/526), fruto de leitura apressada do Código Civil.

10. *Direito* cogente. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão (cp. o que, nos §§ 1.852-1.857, estatuiu o Código Civil), permitem que o pai, ao nomear tutor, o dispense de algumas das exigências dos arts.. 418-421, 427, 432-436 e outros. No direito brasileiro, todas essas regras juridicas são cogentes e nenhuma dispensa se considera feita, por ser cláusula nula (sobre a história e a natureza das dispensas, Josef Gerritzen, *Die befreíte Var* mundschaft *(iber Minderjàhrige,* 2 s.).

11.

Ato perfeito. A lei não cogita da homologação ou da aprovação do ato de nomeação do tutor. A homologação do testamento mesmo é estranha ao direito de família. Não quer dizer isso que ao juiz não caiba, antes de ser assinado o termo de tutela, o exame do ato de nomeação, a apreciação da pessoa do tutor, para verificar se não está excluído etc. O cumpra-se do testamento assegura a validade da nomeação somente quanto à forma.

§ 1.015. Tutela legítima

1.

Direito romano; antigo direito *português.* A tutela, por ser ônus, cabia, de preferência, aos que sucederiam aos órfãos, se esses porventura falecessem antes deles. Tal era o fundamento da tutela legítima entre os Romanos (Nov.

118, c. 5): Sancimus enim *unumquernque secundum* gradum et ordinem, *quo ad hereditatem* vocatur aut solus, auto curn aliis, et functionem tutelae *suscipere.* O antigo direito português, seguido por nós até 1917, adotava o mesmo critgrio. Manuel de Almeida e Sousa

(Notas *de Uso Prático,* 11, 573) escrevia: ... que nesse caso a proximidade se regula pelo direito de representação e que, se se trata de morgados e fideicomissos, devem preferir no encargo os futuros sucessores . Tal fundamento, que os Romanos reconheciam à tutela legítima e o direito luso-brasileiro conservou, não poderia persistir dentro das transformações sucessivas do direito civil. Foi mesmo combatido como açulador de crimes: porque, se é natural que haja mais afeição nos parentes próximos e melhor administração dos bens por parte dos que têm de suceder, cedo é também que esse fundamento filosófico era imoral; e essa esperança de sucessão poderia induzir os tutores a atentados à vida de seus pupilos. Daí mandar Diogo Guerreiro que se desconfiasse dos parentes que se oferecessem, ou envidassem esforços, para conseguir a nomeação.

2. Código *Civil.* O Código Civil instituiu a tutela legitima sobre novos fundamentos. Não se defere mais a tutela atendendo-se à proximidade da sucessão, propter spem *succedendi,* e sim em razão do afeto que se presume existir nos graus que a lei indica, proter naturalem amorem. O critério legal para o deferimento da tutela legítima é o parentesco consanguíneo, incumbindo o ônus tutelar aos parentes mais próximos, conforme ~ ordem adotada pelo art.

409, que diz: —Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consangúíneos dc menor, por esta ordem: 1 - Ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta deste, à avó paterna, ou materna. II - Aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais. o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço. 111 - Aos tios, sendo prderido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço.‖ A mulher casada, nomeada tutora, não mais precisa, para aceitar a tutoria, do assentimento do marido, ou que o juiz supra a outorga marital (antes da Lei nº

4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª. IV, arts.. 242. V, e 245,1). O tutor tem de ser residente no domicilio dos menores. Se o não é, ainda que seja avô, deve ser removido. Se se prova residência definitiva (e não basta a temporária) pode ser nomeado (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 17 de janeiro de 1922, *RD*

46/400 s.).

3.

Múnus. Entre os Romanos a tutela era ccnsiderada munus *publicum.* Precisava-se, portanto, para o exercício dela, de ser livre, cidadão, e do sexo masculino. A mulher em caso algum, poderia ser tutora. Tutela plerum *que virile cíficium* eM, dizia Gaio (L. 16, *pr.,* D., de *tutelis,* 26, 1), confirmando Nerácio (L. 18, D., de tute/is, 26, 1): *Ferninae tutores* res dari non possunt, *quia* id munus masculorum *est.* No antigo di-eito português, a Ordenação do Livro IV, Título 102, § 3, dispôs que, em falta de tutor testamentário, se desse preferência, na utela legítima, às mães e avós, se elas quisessem. Eram as únicas mulheres, como se vê, a que se permitia a tutoria. Esse sisterra perdurou até o Código Civil. Os escritores eram acordes em ccnsiderar incapazes as outras mulheres (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, §

s.

369; Trigo de Loureiro, Direito *Civil Brasileiro,* 1, 163; L.afaiete Rodrigues Pereira, Direitos de Família, 272; Clovis Bevicqua, Direito da *Família,* 511); e assim procediam fundados ═da Ordenação do Livro IV, Título 102, § 3, in *une.*

O Código Civil brasileiro inaugurou nova fase, último elo de evolução da capacidade tutelar da *mulher:* da proibição absoluta entre os Romanos à permissão plena, no direito de hoje.

4.

Parentesco. O parentesco, que antes da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10, era dito no Código Civil, art. 332, —legítimo‖ ou —ilegítimo‖, é tratado, para a nomeação de tutor, no mesmo plano (2ª Câmara da Code de Apelação do Distrito Federal, 17 de maio de 1921, *RD* 65/545). Nenhuma diferença se faz; *e.g.,* os tios

—ilegítimos‖ paternos passam à frente dos tios —legítimos‖ maternos. Os irmãos havidos, ou não, da relação do casamento são tratados com igualdade: se bilaterais, preferem-se aos unilateraís; se do sexo masculino, preferem-se aos do sexo feminino; aos mais moços os mais velhos hão de ser preferidos; mas tudo isso se observa sem se levar em conta a concepção na constância do casamento ou não.

No art. 409 enumeram-se as classes dos parentes consanguineos. Todavia, ~se foi adotado por varão o menor, não se chama à tutela o pai do pai natural; se foi adotado por mulher, não se chama à tutoria

o pai da mãe natural? Assim seria, no direito alemão; não, no direito brasileiro. Se o pai adotante, ou a mãe adotante, que tinha o pátrio poder, nomeou tutor testamentariamente, respeita-se a nomeação. Se o não nomeou, o parentesco natural conserva sua vocação à tutela.

5.

Idoneidade. Na mesma ordem, prefere-se o parente cuja idoneidade, moral e econômica (Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 6 de junho de 1899), é mais reconhecida e comprovada. Porém a situação econômica só se aprecia no interesse do menor, e não em si mesma, nem, tampouco, como elemento de diferenciação de classes.

6.

Vocação. A lista do art. 409 é lista de vocações. O juiz é sem arbítrio para inverter a ordem dos apontados pela lei; tem, contudo, o exame, com ceda responsabilidade, da nomeação, que supóe afastamento dos *excluídos* da *tutela.* Há nomeação, contra a qual podem reclamar os preteridos; *antes da nomeação,* não há tutor legítimo.

§ 1.016. Tutela dativa

1.

Código Civil, art. 410. —O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: 1 - Na falta de tutor testamentário, ou legítimo. II - Quando estes forem excluídos ou escusados da tutela. III - Quando removidos por não idôneos o tutor legitimo e o testamentário‖ (art. 410).

A nomeação do tutor dativo é da livre escolha do juiz e deve recair em pessoa idônea, capaz e residente no domicílio do menor. Note-se a diferença dos dois conceitos: domicílio do menor, residência do tutor.

2.

Pressupostos. A exigência de ser o tutor pessoa do lugar em que resida o menor, ou, por melhor dizer, em que residam seus pais, tem como fundamentos racionais: a) que a sociedade, em que viviam os país do menor, exerce, só por si, seria fiscalização sobre o exercício da tutela; *b)* que os interesses do menor devem ser os mesmos dos seus pais, e estão, portanto, no lugar da residência, onde o tutor de fora não poderia, senão dispendiosa-mente, exercer, a contento, a administração dos bens.

3.

Mãe *que contraiu* novas *núpcias.* Se a mãe, casada em novas núpcias, indica pessoa que há de ser tutor dos seus filhos de outro leito, não constitui isso motivo de suspeita, que afaste a escolha (Corte de Apelação do Paraná, 21

de fevereiro de 1935, *PcJ* 22/ 203); por si só, tal designação determina preferência, porém não exclui a hipótese, a verificar-se, de ser sugestão interesseira do marido.

4.

Padrasto. A jurisprudência permite ao padrasto exercer a tutela dos enteados. A mãe, casando-se outra vez, perde o pátrio poder: a influência do padrasto, *provável,* tem tal Consequência; mas admite-se que exerça a influência, diretamente. O perigo certo e direto passa a ser tolerado onde o perigo só provável e indireto foi prevenido pelo legislador. Contradictio iri adiecto, se não se admite que a mãe também possa ser tutora.

s.

5. *Mãe que* perdia o *pátrio poder.* Antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, Xii, se a mãe se casava com outra pessoa que o pai do menor perdia o pátrio poder (art. 393). Pergunta-se: apodia ser nomeada tutora? Duas correntes surgiram: *a)* A tutela substituição dele. perdia o mais, o é figura jurídica em vez do pátrio poder, em Argumenta-se: Como admitir-se que, se a mãe todo, ficasse com a parte?

Assim o Supremo Tribunal Federal, a 2 de dezembro de 1942 *(RT*

151/338: —Se a lei retirou à mãe bínuba o pátrio poder sobre os filhos do seu primeiro matrimônio, não pode ela servir como tutora dos mesmos; seria obliquamente a anulação de uma proibição legal‖), e a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 2 de maio de 1945 (162/779: —Não seria lógico que a lei a removesse de um encargo com assento na natureza e regulado no interesse dos menores, para investi-la, logo em seguida, em múnus criado como inarredável necessidade decorrente da extinção do primeiro. Cumpre assinalar.i ainda, que o legislador, fazendo cessar o pátrio poder da mulher binuba, com referência aos filhos trazidos do anterior casamento, não lhe concedeu outro direito, quanto aos mesmos, senão o de conservá-los em seu poder, para criá-los e ministrar-lhes educação. Também, a propósito, não lhe cometeu outro dever. Não se diga, em sentido contrário, que a mulher casada pode aceitar tutela, com autorização do marido, e, se pode fazê-lo, em proteção de estranhos, incompreensível seria que estivesse impedida de ter igual procedimento relativamente aos próprios filhos.‖).

b) A mãe que se casava com outro que o pai dos filhos podia ser tutora dos filhos do leito anterior (5e Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de junho de 1948, *RT* 175/304: — pede a lei que a mãe bínuba exerça, enquanto dura o segundo casamento, pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito. Tal impedimento não pode ser estendido, por analogia, ao exercício da tutela. Primeiramente, as restrições de capacidade não comportam interpretação ampliativa; e, em segundo lugar, as situações de pátrio poder e de tutela são muito diversas, de maneira que a atividade de quem exerce um ou outra fica sujeita, na administração de pessoa e bens do menor, a normas diferentes.

A lei cercou o exercício da tutela de cautelas especiais, de sorte que ela pode ser convenientemente cumprida até por pessoas inteiramente estranhas aos tutelados. Não está, pois, a bínuba impedida de exercer a tutela dos filhos do primeiro leito quando o Juiz, em seu prudente aviso, entenda de Iha conferir‖~ 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 25 de março de 1953, *Ri* 111/131; sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 2 de junho de 1941, *CJSTF* IV/66, e a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de maio de 1945, *RF* 104/290). Mas era preciso que o marido assentisse (anterior redação do art. 242, V). Os direitos sobre os filhos do leito anterior eram os direitos como mãe e o art. 248, 1, que a eles se refere, não alude apenas às binubas, mas a elas e às que têm filhos havidos fora da sociedade conjugal anteriores ao casamento. A mãe que era tutora do próprio filho do leito anterior tinha os deveres e obrigações do tutor; não tinha direitos de titular do pátrio poder. Não usufruia os

bens do filho e prestava contas da administração (2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 10 de outubro de 1939, *RT*

125/650). No sentido *b),* a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 16 de setembro de 1943 (RF

96/356: —A bínuba pode ser tutora dos filhos que tenha havido do casamento anterior Mas, se os fatos demonstram a incompatibilidade da vida em comum dos menores com o padrasto, que, por exemplo, os espanque, ou lhes malbarate os bens, fica positivado que a mãe não pode exercer aquele encargo‖), e a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 26 de novembro de 1947 (116/ 199), que aliás acabou por lançar proposição absurda: —A mãe binuba, pelo fato de perder o pátrio poder sobre seus filhos do leito anterior, não está inibida de ser nomeada tutora deles, com assentimento marital. O exercício da tutela sobre os filhos do leito anterior, pela bínuba, constitui uma reintegração (!) do pátrio poder em toda a sua plenitude.‖ Sustentáramos, antes, a opinião a), mas convencemo-nos de que a corrente b) estava certa. Em todo o caso, ainda acórdãos houve que seguiram a a), em vez de a *b).* Por exemplo, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de maio de 1948 *(RT* 175/301).

6.

Menor abandonado. Quem recolhe o menor abandonado, física e moralmente, ou só moralmente, e dele cuida gratuitamente, merece ser nomeado tutor Prefere-se tal pessoa a qualquer parente (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 22 de março de 1924, *RF* 42/535), que, sem providenciar eficazmente, ou como lhe cumpria, teve conhecimento do abandono, ou, sabendo da falta dos pais, não requereu a tutela.

7.

Os *que se oferecem* para ser *tutores.* Os que se oferecem para ser tutores não são excluídos da tutela (Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 19 de novembro de 1895, *RTB* VII/61). Nenhum texto de lei permite a extração de freceito de vedação ou de suspeita. Pode movê-los, até, afeição ao menor, ou aos pais modos, ou intenção de, futuramente, adotá-lo. Veja § 1.015, 1.

8.

Mudança de residência. Nomeado o tutor, se lhe aprouver mudar de residência, o juiz toma-lhe as santas, porque é requisito necessário para a tutela dativa o residir o tutor no domicilio do menor.

Exonerado, escusado, ou removido o tutor dativo, o juiz nomeia novo tutor idôneo e residente no domicílio do menor s.

§ 1.017. Tutela dos menores abandonados

1.

Escolha e nomeação judiciais. —Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimentos públicos para este fim destinados. Na falta desses estabelecimentos, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação‖ (art. 412, 1ª e 2e alíneas). Deve o juiz, todavia, sabendo do fato e reputando digno e de bons costumes o protetor espontâneo, nomeá-lo tutor do menor.

2. *Casos.* Para que o juiz dê tutor ao menor abandonado, não énecessário que ele seja órfão (cp. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 34, in une), pois que o simples fato do abandono, a imoralidade e maus costumes paternos e maternos, bem como os castigos imoderados, bastam para que os pais decaiam do pátrio poder. Nomeia-se tutor, por exemplo, ao filho de bêbedo habitual, do indivíduo condenado por crime de lenocínio, ou jogo. Todavia, se o juiz é competente para as ações de abandono, a nomeação pode ser Consequência da decisão incidenter sobre a perda ou suspensão do pátrio poder; *aliter,* tem-se de promover a ação de desconstituição ou de suspensão do pátrio poder.

3.

Trecho de Pereira de Carvalho. Veja-se, no que escapa ao direito civil, a

legislação extravagante. Já escrevia, antes do Código Civil, Pereira de Carvalho *(Processo Orfanológico,* 119): —O mesmo é não ter pai que tê-lo absolutamente incapaz de bem administrar e satisfazer aos deveres, sendo por isso que a Ordenação do Livro 1, Título 88, § 6, determina que, se o pai for turvado do entendimento, ou doente de tal enfermidade que não possa bem reger e administrar os bens de seus filhos, se lhe não entreguem os bens que aos ditos filhos pedencerem por morte de sua mãe, mas se lhes nomeie tutor ou curador. Por identidade de razão se devem nomear tutores aos filhos daquele que se ausentou para lugares remotos, sem tenção de voltar tão depressa, e aos daquele que ébêbedo por hábito, e jogador por ofício.‖

§ 1.018. Incapacidade para ser tutor

1.

Código *Civil, art. 413.* Diz o Código Civil, art. 413: —Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: -Os que não tiverem a livre administração de seus bens. II - Os que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem de fazer valer direitos contra este; e aqueles cujos pais, filhos, ou cônjuges tiverem demanda com o menor. III - Os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela. IV - Os condenados por crime de fudo, roubo, estelionato ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena. V - As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. VI - Os que exercem função pública incompatível com a boa administração da tutela.‖ A menores herdeiros de estrangeiros, mas Brasileiros, é recomendável que se dê tutor de nacionalidade brasileira (Aviso de 8 de junho de 1837).

O

Código Civil, no art. 413, cogitou, englobadamente, de espécies de incapacidade e de impedimentos ou de inidoneidades a que chamou —incapacidades‖. Os que não têm a livre administração dos bens são, verdadeiramente, incapazes. Os que, no momento de lhes ser deferida a tutela se acham constituídos em obrigação para com o menor, aiu tiverem de fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, ou filhos, ou cônjuges tiverem demanda contra o menor, não são

incapazes, — há, respeito a eles, impedimento. Impedimento à nomeação para a tutela há, também, quanto aos inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por esses expressamente excluidos da tutela. São inidôneos e, se se prefere, incapazes os condenados de que fala o art. 413, IV, e as pessoas a que se refere o art. 413, V. Os que exercem função pública incompativel com a boa administração da tutela têm impedimento à tutela. O

termo geral ‗incapazes‖, embora inadequado, em boa terminologia, não traz, contudo, inconvenientes práticos.

2.

Quem não pode ser tutor; exoneração. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: *a)* Os que não tenham livre administração de seus bens; como sejam: os interditos, os sujeitos a tutela ou curatela, ou ausentes, os surdos-mudos, os pródigos considerados tais por sentença. Borges Carneiro (Di *reito Civil de Portugal,* III, 127) incluía os cegos (L. 1, §§ 2 e 3, D., de *tutelis,* 26, 1). Lafaiete Rodrigues Pereira (Direito de *Família,* 273) incluía os doentes de enfermidade grave e incurável, *qui* perpetuo morbo /aborant, o que é justo etc. No direito an-s.

tenor à reforma operada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV, a mulher casada só era considerada inapta se o marido não assentisse em que aceitasse a tutela, ou se o juiz não suprisse o assentimento marital (ant iga redação do art. 242, V). Em verdade, não era incapaz: faltava-lhe um dos pressupostos: o assentimento do marido.

Quando se dá infração do art. 413, a nomeação é nula. Não há distinção, no direito brasileiro, entre incapacidade para ser tutor e inaptidão, que seria a existência de alguma circunstância como impediência sem dirimência. Todos os casos do art. 413 são de invalidade; os do art. 414, somente de escusa, podanto razão para que ao indicado, declarando que não deseja exercer a tutela, se defira o pedido (comunicação de vontade) de dispensa. *b)* Os que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se achem constituidos em obrigação para com o menor ou tenham de fazer valer direito contra esse (Nov. 72, C. 1, C. 2, C. 3), e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tenham demanda com o menor. c) Os inimigos do menor, ou de seus pais (Coelho da Rocha, Instituições, 1, 254: —... pelo receio de infidelidade, os inimigos do menor‖; Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 102, § 1),

ou que hajam sido por esses expressamente excluidos da tutela (L. 21, § 2, D., de *tutoribus* et curatoribus, 26, 5): Propter inímicitíam *aliquem* testamento tutorem *pater* dederit (§ 9, 1., 1, 25). Se tais inimigos se reconciliaram, a inimizade cessou e, com ela, portanto, a incapacidade. E tal era a doutrina do direito romano: *Ininiicitiae,* si capita/es *Juerunt,* nec reconciliatio interuenit, a *tutela vel* cura solent *excusare.* Advirta-se, porém, em que a inimizade, a que alude o Código Civil, não se limita àinimizade capital. d) Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, ou falsidade, tenham ou não cumprido pena. O Código não inclui os falidos, o que foi mau (Coelho da Rocha, Instituições, 1, 254: —... roubo ou bancarrota‖). *e)* As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. d) Os que exercem função pública incompatível com a boa administração da tutela: como sejam: os magistrados, os escrivães e oficiais de justiça (Correia Teles, Digesto *Português,* 96). os militares ou paisanos em serviço de guerra, os membros do corpo diplomático ou consular etc.

3. Magistrados, escrivães, oficiais de justiça, *membros* do Ministério *Público.* Os magistrados, escrivães, oficiais de justiça, bem como os membros do Ministério Público só se reputam inaptos de exercer tutela e só serão, por motivo de seu cargo, exonerados, quando ao juiz parecer que seus serviços obstam à boa e diligente administração dos bens do pupilo, ou aos deveres do tutor quanto *à* educação, guarda e vigilância dele.

4.

Representantes de fora *da Capital Federal.* Os representantes de Estado Federado da República, ou de Territórios, por isso que exercem mandato político na Capital Federal, para onde se dirigem e demoram todos os anos ou, pelo menos, se devem dirigir e demorar, nao podem exercer, com o necessário cuidado, as tutorias. (Não se dá o mesmo em relação aos representantes do Distrito Federal que aí residem, se aí é quetevem exercer a tutela.) Todavia, há de atender-se ao lugar do domicílio e residência todo o ano, ou durante a maior parte dele. Ou a pluralidade de residências.

5.

Função *pública.* O Código Civil, em vez de seguir a norma de nossos doutrinadores, que apenas consideram razão de escusa a função pública, articulou-a entre os motivos de inaptidão. Nem sempre é inapto o diplomata, ou cônsul do Brasil no estrangeiro, como é fácil de ver admitindo-se a hipótese de órfão sem bens no Brasil. Por outro lado, ~como se há de saber, in casu, se há a incompatibilidade? Mais: a incompatibilidade posterior faz eliminável, desde ai, a nomeação que não no fora a princípio.

6.

Incompatibilidade com a *mãe* do menor. A incompatibilidade entre o indicado para tutor (art. 409), ou o nomeado (art. 407), ou o preferido pelo juiz (art. 410), e a mãe do menor foi considerada pela 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal (25 de janeiro de 1927, *RD* 84/129), causa bastante para destituição (naturalmente se posterior à nomeação, ou ignorada a esse tempo) e, pois, causa de exclusão (art. 413). A inimizade a que se refere o art. 413, III, não é só a inimizade capital; e, salvo situação adrede estabelecida pela mãe, para se afastar o tutor, a exclusão impõe-se. O menor sofreria com a malquerença, conforme nota o acórdão. Mas casos há em que a inimizade provém de situação menos melindrosa que a perda, para o menor, da tutela do parente, ou do estranho, *e* o juiz deve sobrepor a todas as considerações o interesse do tutelado, a despeito da demasiada simplicidade do art. 413,111: —Os inimigos de seus pais.‖ Claro que tal saída não tem ele se se trata de inimizade capital, salvo se o caso é de pai que matou a mãe do menor, ou tentou contra a vida deste, ou contra a vida do tutor, ou ocorre espécie semelhante.

7.

Vida desregrada. A vida desregrada (Corte de Apelação de São Paulo, 28 de setembro de 1934, *RT* 94/490), a malversação (Corte de Apelação do Distrito Federal, 14 de abril de 1916, 14 de abril de 1919), e a falta de garantia econômica para gerir os negócios do menor (Corte de Apelação de São Paulo, 29 de agosto de 1934, *RT* 94/488) podem ser causa suficiente.

s.

8.

Remoção. Nomeado o tutor dativo, com preterição de algum parente, que teve ciência da nomeação e não recorreu, não se remove (Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 21 de novembro de 1933), sem causa de exclusão. A decisão sobre nomeação de tutor é constitutiva positiva, transita formalmente em julgado, e só a ação de nulidade da sentença ou a de rescisão do julgado poderia atingi-la.

§ 1.019. Escusa dos tutores

1 .*Incapacidade e escusa*. E oportuno lembrar-se a distinção entre incapacidade para tutor e escusa da tutela. A incapacidade importa proibição absoluta para se exercer a tutela. Os antigos escritores a denominavam excusatio necessaria. A escusa é a dispensa concedida por justa causa ao que poderia ser tutor, se quisesse: excusatio uoluntaria.

Diz o Código Civil, art. 414: —Podem escusar-se da tutela: - As mulheres. III - Os maiores de sessenta anos. III - Os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos. IV - Os impossibilitados por enfermidade. V - Os que habitarem longe do lugar, onde se haja de exercer a tutela. VI - Os que já exercerem tutela, ou curatela. VII - Os militares, em serviço.‖ Se o juiz indefere o pedido de dispensa, a decisão pode ser justa ou injusta e passar em julgado; porém a nomeação *vale.* Pode, se há os pressupostos, ser tida por nula ou rescindida a sentença.

2.

Dever de aceitar —Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consangúineo ou afim, em condições de exercê-la‖ (art. 415).

Os cegos podem escusar-se por enfermidade; no direito anterior, eram excluídos.

3.

Quando se apresento a escusa. O Código Civil, art. 416, estatuiu: —A escusa apresentar-se-á nosvidez dias subseqúentes àintimação do nomeado, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la. Se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do em que ele sobrevier.‖ Diz, todavia, o Código de Processo Civil, art. 1.192: —O tutor ou curador poderá eximir-se do encargo, apresentando escusa ao juiz no prazo de cinco (5) dias. Contar-se-á o prazo: 1 - antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; II - depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. No parágrafo único:

—Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, reputar-se-á renunciado o direito de alegála.‘ A escusa implica a existência do princípio da *tutela* como *múnus* público. De modo que o dever de aceitar somente é afastável por decisão judicial de fundo declarativo: existe a causa de escusa, portanto não existe o dever. Tal decisão produz coisa julgada material. Se a causa sobrevém, como se a pessoa, que já exerce a tutela, atinge os sessenta anos, ou passou a ter cinco filhos, ou adoeceu de maneira a não poder continuar, ou teve de mudar-se, a parte da decisão que julga a escusa é declarativa, porém a decisão é constitutiva *negativa,* pois desfaz a tutoria, isto é, a nomeação, posto que só *ex* nunc.

4. *Código Civil,* art. *417.* Dispõe o art. 417: —Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos, que o menor venha a sofrer.‖

O exercício é então provisório, devido a não ter efeito suspensivo o recurso (Código de 1973, art. 1.193).

5.

Mulher. A mulher pode alegar seu sexo para se escusar da tutela. A escusa do art. 414,111, provêm das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 104, § 4. Ser mulher era antes motivo de incapacidade (Livro IV, Título 102, §

3, in Jine); pelo Código Civil, éapenas escusa. Escrevíamos em 1917 (1ª edição): —O Código Civil, nas edições oficiais e redação final para

votação (Projeto nº 168-A, 1915), disse no inc. VI do art. 414: —Os que já exerceram tutela ou curatela.‖ Tratava-se de erro de revisão. O Projeto primitivo (art. 491) dizia: —Aqueles que já exercem uma tutoria etc..‖ O Projeto adotado pela Câmara dos Deputados, em 1902, conservou a redação dada pelo Projeto revisto (art. 421. VI): ‗Os que já exercerem tutela ou curatela.‖ Do Senado Federal, para onde foi, o Projeto voltou com as mesmas expressões. Na impressão feita para uso da Câmara dos Deputados, surgiu engano (—exerceram‖ em vez de

—exercerem‖), engano que se deveu, conforme fomos verificar nos originais existentes na Câmara, a erro de datilografia. Seria justo, racional, manter o erro de cópia?‖ A Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, atendeu ao nosso reclamo e corrigiu o texto, por sugestão nossa. O habitar em lugar distante do em que se tem de exercer a tutela constitui, como vimos, motivo de escusa, isto é, excusatio *voluntaria,* e não excusatio necessaria. Todavia, em face s.

do art. 410, que manda que o tutor dativo resida no domicilio do menor, o habitar longe do local em que se terá de exercer a tutela deixa de ser simples razão de escusa e aparece, ex vi *legis,* como uma das causas de incapacidade ou razões de exoneração.

§ 1.020. Garantia da tutela

1. Código *Civil,* arts. *418 e* 419. —O tutor, antes de assumir a tutela, é obrigado a especializar, em hipoteca legal, que será inscrita os imóveis necessários para acautelar, sob a sua administração, os bens do menor‖ (Código Civil, art.

418). —Se todos os imóveis de sua propriedade não valerem o patrimônio do menor, reforçará o tutor a hipoteca mediante caução real ou fidejussória; salvo se para tal não tiver meios, ou for de reconhecida idoneidade‖ (art. 419).

No direito anterior, exigia-se a caução juratória (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, II, 575: quando pobres, que não acham fiador, porque satisfazem com a caução juratória, sendo aliás *pessoas* honestas, conscienciosas *e* dignas *de* crédito, de que possa confiar-se a administração, e satisfação‖). —Antes de assumir a tutela, o tutor declarará tudo que lhe deva o menor, sob pena de lho não poder

cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito, quando a assumiu‖ (art. 430). Tudo que o tutor pratica antes de prestado o compromisso é nulo, salvo no que for útil ao menor. Assim se tem entendido, em nosso direito, desde Diogo Guerreiro. Prestado o compromisso por termo em livro próprio rubricado pelo juiz, o tutor ou curador, antes de entrar em exercício, requererá dentro de dez (10) dias, a especialização em hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens que serão confiados a sua administração (Código de Processo Civil, art. 1.188, pr); incumbe ao órgáo do Ministério Público promover a especialização de hipoteca legal, se o tutor ou curador não a tiver requerido no prazo assinado neste artigo (art. 1.188, parágrafo único); o pedido para especialização da hipoteca legal declarará a estimativa da responsabilidade e será instruído com a prova do domínio dos bens, livres de ônus, dados em garantia (art. 1.205); o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos bens far-se-á por perito nomeado pelo juiz (art. 1.206, pr); o valor da responsabilidade será calculado de acordo com a importância dos bens e dos saldos prováveis dos rendimentos que devem ficar em poder dos tutores e curadores durante a administração, não se computando, porém, o preço do imóvel (art. 1.206, § 1ª); será dispensado o arbitramento do valor da responsabilidade nas hipóteses legais em favor: 1 - da mulher casada, para garantia do dote, caso em que o valor será o da estimação, constante da escritura antenupcial; II - da Fazenda Pública, nas cauções prestadas pelos responsáveis, caso em que será o valor caucionado (art. 1.206, § 2t 1 e II); dispensa-se a avaliação quando estiverem mencionados na escritura os bens do marido, que devam garantir o dote (art. 1.206, § 3ª); sobre o laudo manifestar-se-ão os interessados no prazo comum de cinco (5) dias; em seguida, o juiz homologara ou corrigirá o arbitramento e a avaliação; e achando livres e suficientes os bens designados, julgará por sentença a especialização, mandando que se proceda à inscrição da hipoteca (art. 1.207); da sentença constarão expressamente o valor da hipoteca e os bens do responsável, com a especificação do nome, situação e característicos (art. 1.207, parágrafo único); sendo insuficientes os bens oferecidos para hipoteca legal em favor do menor, de interdito ou de mulher casada e não havendo reforço mediante caução real ou fidejussória, ordenará o juiz a avaliação de outros bens; tendo-os proceder-se-á como nos artigos antecedentes; não os tendo, será julgada improcedente a especialização (art. 1.208); nos demais casos de especialização, prevalece a hipoteca legal dos bens oferecidos, ainda que inferiores ao valor da responsabilidade, ficando salvo aos interessados completar a garantia pelos meios regularç (art. 1.209). Enquanto não for julgada a especialização, o órgáo do Ministério

Público regerá a pessoa do incapaz e administrare os bens segundo estatui a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 37, parágrafo único, —a especialização de hipoteca legal sera também dispensada se os bens, porventura existentes em nome do tutelado, constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro de imóveis, ou se os rendimentos forem suficientes apenas para a mantença do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.‖

2. Código *Civil, art. 420.* Lê-se no art. 420: —O juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofra o menor em razão da insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito.‖ Podemos concluir: *a)* que o juiz, se não exigiu a garantia legal, responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofra o menor desde o momento em que se deferiu a tutela, porque então devera ser exigida a garantia legal (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, II, 575: —... tal fiança geralmente se não costuma prestar neste Reino ... Os magistrados não exigem dos tutores as devidas satisfações ... Este abuso tão prejudicial aos órfãos, como mostra a experiência, provém da indulgência dos juizes e da esperança de imunidade; porque nunca jamais os miseráveis órfãos se atreverão a demandar-lhes subsidiariamente seus prejuizos‖): *b)* que o juiz responde subsidiariamente pelGs prejuízos sofridos pelo menor desde a época em que devera ser removido o tutor Dispensa-se o reforço segundo o art. 419, não a hipoteca legal (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de dezembro de 1949, *RT* 184/775: —A dispensa da hipoteca legal foi feita por ter o Juiz considerado a idoneidade do curador e~a s.

natureza dos bens da interdita; tornou-se o Juiz responsável subsidiariamente pelos prejuízos que possa a interdita sofrer‖).

3.

Juiz. Diz o art. 421: —A responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna.‘ Assim, a responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz não tenha nomeado tutor, deixando que se destruíssem, danificassem, ou desvalorizassem bens e interesses do menor, ou quando o haja nomeado indevida ou tardiamente. Antes de assumir a tutela, o tutor declara tudo o que lhe deva o menor, sob pena de lho

não poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu (art. 430). Provada a inciência e iniciada a cobrança, dá-se curador ao menor. Na prática, a exigência da hipoteca é às vezes *impraticável.* A insuficiência de educação moral da população para as incumbências de múnus público, ou de encargos humanitários, não permite que os tutores compreendam a necessidade de assegurar os bens dos tutelados, — não contra cada um deles individualmente, mas em relação a todos, em princípio. Se o juiz lhes exige o registro, logo procuram escusar-se do encargo; de modo que se vê a autoridade judiciária diante do dilema: ou abre mão da garantia legal, ou não tem tutores.

§ 1.021. Exercício da tutela

1.

Auctoritas e gestio. Os Romanos resumiam as funções do tutor em duas palavras: auctoritas e gestio. Chama-se auctoritas a cooperação do tutor nos atos do pupilo, cuja vida jurídica ele completa por sua presença. Dizia-se que o tutor exercia a gestio, isto é, administrava, *negotia* gerit. quando ele só por si praticava ato que interessasse ao patrimônio do menor. Daí a frase de Ulpiano (XI, 25): *Pupillorum pupillarum que tutores et* negotia gerunt et auctoritatem interponunt.

2.

Menor de sete anos no direito romano; direito vigente quanto *a* poderes e deveres do tutor. Se o pupilo era menor de sete anos (infans), admitia-se, em favor dele, que o tutor o representasse, o que importava exceção ao princípio romano da substituição legal da pessoa (Ulpiano, na L. 123, *pr.,* D., de díversis *regulis* iuris antiqui, 50, 17: Nemo alieno nomine *lege* agere *potest).* Se os tutelados eram maior infantia, o tutor apenas completava a sua personalidade. No Código Civil, estatuiu o art. 422: —Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, reger a pessoa do menor, velar por ele, e administrar-lhe os bens. ‖ Acrescentou o art. 424: —Cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor: 1

- Dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição. II - Reclamar do juiz que providencie,

como houver por bem, quando o menor haja mister correção. ‖ No art. 426 lê-se: —Compete mais ao tutor: 1 - Representar o menor, atê os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte, suprindo-lhe o consentimento. II - Receber as rendas e pensões do menor III - Fazer-lhes as despesas de subsistência e educação, bem como as da administração de seus bens (art. 433, nº 1). IV - Alienar os bens do menor destinados à venda. ‖ E no art. 427: —Compete-lhe também, com autorização do juiz: 1 - Fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens. II - Receber as quantias devidas ao órfáo, e pagar-lhe as dividas. III - Aceitar por ele heranças, legados, ou doações, com ou sem encargos. IV - Transigir. V - Promover-lhe, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz. VI - Vender-lhe em praça os móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis, nos casos em que for permitido (art. 429). VII - Propor em juízo as ações e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos, segundo o disposto no art. 84. ‖

Ai estão, fecundos, os princípios limitativos ao art. 424.

3.

Em geral. Assim, por lei, incumbe ao tutor em geral (art. 422): a) Reger a pessoa do menor como faria um bom pai, como bonus *pater* Jamilias, diz-se; mas a L. 1, *pr.,* D., de tute)ae, 27, 3. frisava que, por tudo que faz ou não Mz, responde por dolo, ou pela negligência, que não sói cometer no trato dos próprios negócios (et quantum in suis rebus diligentium). Entendamo-nos: responde por *culpa levis* (sem razão J. Chr. Hasse, Die Culpa, 265-268, que fundava a responsabilidade só na culpa lata). *b)* Velar por ele. c) Administrar os bens do menor. As suas atribuições são relativas à pessoa ou encargos relativos aos bens do menor.

4.

Quanto à pessoa. Cabe ao tutor, quanto à pessoa do pupilo (art. 424): a) dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos conforme seus haveres e situação; *b)* reclamar do juiz que providencie, como haja por bem, quando o menor precise de correção. Se o menor possui bens, é sustentado e educado a expensas suas, arbitrando o s.

juiz, para tal fim, as quantias, que lhe pareçam necessárias, atento o rendimento da fortuna do pupilo, quando o pai ou a mãe não as haja taxado. Se o órfão não possui bens, mas tem parentes, obrigados, em direito, a prestar-lhe alimentos, deve o tutor providenciar, com autorização do juiz, e de acordo com o pupilo, se esse já tem dezesseis anos, a fim de obtê-los amigável ou judicialmente. São devidos os alimentos quando o parente que os pretende não tem bens, nem pode prover, por seu trabalho, à própria mantença (Código Civil, art. 399) e o menor pobre está em tais situações.

5.

Quanto aos bens. Compete mais ao tutor, quanto aos bens do pupilo e seus atos (art. 426): 1 - Representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte, —suprindo-lhe o consentimento‖. A representação concerne apenas a bens: a assistência tutelar, depois de dezesseis anos, pode referir-se a atos não tendentes a venda ou compra, ou ao demais de alteração do patrimônio, como, por exemplo, o assentimento do tutor para o casamento do menor, que a lei permite aos dezoito anos, se homem, e aos dezesseis, se mulher. As obrigações contraídas por menores de dezesseis anos são nulas (arts.. 59, 1, e 145, 1), e as contraidas por maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos são anuláveis (arís. 6ª, 1, 84, 2ª parte, 147, 1, e 154) quando resultem de atos por ele praticados sem assistência do tutor. O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir á obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior (art. 155). II - Receber as rendas e pensões do menor. III - Fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração de seus bens. IV - Alienar os bens do menor destinados à venda. (Nos arts.. 79, 384, V e 426, 1, —suprir o consentimento‖ está em duplo sentido: de ficar no lugar de e de completar. A manifestação de vontade, ou de conhecimento, pelo pai ou pelo tutor, quanto ao menor de dezesseis anos, fica no lugar da manifestação de vontade ou de conhecimento pelo menor, porque é absolutamente incapaz, e o mesmo ocorre quanto aos outros absolutamente incapazes. A manifestação de vontade ou de conhecimento pelo que complete dezesseis anos não é constituída pela manifestação de vontade pelo pai ou pelo tutor: o tutor presta manifestação de vontade que consiste em estar de acordo com que o que o menor relativamente incapaz manifestou de vontade ou de conhecimento.)

Compete-lhe, também, com autorização do juiz (art. 427): - Fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens (Pereira de Carvalho, Processo Orfanológico, 204). As sobras da mantença devem ser postas em depósito público (cf. Correia Teles, *Digesto* Português, II, nº 719), ou no banco que a lei indique. II - Receber as quantias devidas ao órf ão e pagar-lhe as dividas (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, II, § 15). As rendas dos bens dos filhos, ou dos tutelados, ou curatelados, que tenham de ser depositadas, já se entendem incluídas no patrimônio do incapaz, antes do depósito. Até então, se entraram no patrimônio do titular do pátrio poder, tutor, ou curador (cf. art. 432), houve apropriação indébita pelo administrador, que por elas responde (errado, o acórdão da 2e Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 13 de dezembro de 1935, *RT* 104/261). Razão assaz para que se vele pelo cumprimento dos arts.. 432 e 433, se nomeie curador ad hoc nos casos do art. 391 e exija o juiz, ao dar a autorização de qde cogitam os arts.. 386, 427 e 453, o depósito das quantias e a sub-rogação, se for o caso. A 2ª

Câmara, abstraindo da noção de patrimônio, reputa insertas no patrimônio dos administradores as rendas dos administrados, como se esses administradores tomassem de empréstimo, ou por outra causa, as rendas que receberam, em nome dos administrados. O pai, que tem o usufruto de bens do filho, ou a mãe, com pátrio poder e usufruto, sim, faz-se titular dos direitos sobre essas rendas, mas isso é a Consequência da regra jurídica sobre usufruto. III - Aceitar por ele heranças, legados, ou doações com ou sem encargos. Eis o que dizia Lafaiete Rodrigues Pereira (Direitos de *Família,* 284), fonte do inc. III do art. 427 do Código Civil: —A adição de herança é um quase contrato que pode trazer e ordinariamente traz ônus, ainda quando a herança é deferida sem imposição de condições. A liquidação do ativo e passivo importa trabalho e despesas que talvez o restante dos bens não compense.‖ IV - Transigir; porque, para transigir, é preciso poder dispor: transigere est alienare. V - Promover-lhe, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz. VI - Vender-lhe em praça os móveis, cuja conservação não convenha, e os imóveis, quando a venda é legal, e de manifesta vantagem. VII - Propor em juízo as ações e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos, representando-o, se menor de dezesseis anos, ou assentindo, se já tiver dezesseis anos ou mais. No intentar ações em nome do menor tutelado, deve o tutor, bem como o juiz que o autoriza, ter a maior prudência, a fim de o não envolver em causas dispendiosas e de êxito duvidoso, sob pena de ser responsável pelo dano resultante. E de Diogo Guerreiro: Sed quoniam experientia docuit non raro tutores sub praetentu litium *pupilli* nomine

movendarum, aut excipiendarum privatas suas exercere simultates, et *pupiliorum* impendio, ac dispendio odia favere, ac persequi ultiones; hinc hodie tutor *pupilli* causam dubiam in iudicium deducturus, magistratus decretum *ad* id impetrare tenetur; alioquin ipse, *ubi* succubuerit, *litis* impensas subiturus.

Se alguém, sem ser tutor, administra bens de menor, tem o dever de dar contas e o direito a ser indenizado. E gestor s.

de negócios e como tal responde (Código Civil, arts.. 1.331 a 1.345). Diz-se putatívo quando se crê tutor e procedeu de boa-fé; falso, quando, para iludir a terceiro ou terceiros, se diz tutor e pratica atos que lhe competiriam se verdadeiro fosse. Os lesados têm a ação de gestão de negócios, a de enriquecimento injustificado e a de ato ilícito, conforme os arts. 1.332-1.345.

A alienação dos bens imóveis pedencentes a tutelados ou curatelados é em hasta pública (art. 427, VI: —em praça‖).

Não há sofismas que colham. A despeito disso, a 4a Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1945 *(RT* 155/ 141), decidiu: —Em tese, pois, a venda da herança poderia ser feita pelo espólio, com a representação de todos os interessados, e autorização judicial. Desde que pende demanda sobre o imóvel pertencente ao espólio poderia ocorrer necessidade de sua terminação por transação.‖ Também a 60 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 15 de julho de 1938 (119/308):

—O disposto no art. 429 não se aplica às alienações compulsórias como, e.g., a efetuada para pagamento de imposto, e despesas de inventário em que há interessados incapazes.‖ Decisões evidentemente contra a lei (cf. Supremo Tribunal Federal, 31 de janeiro de 1949, 191/425: —Bens de incapazes se vendem em hasta pública, ainda que no caso de condomínio, com interesses de menores sob tutela e de ausentes sob curatela‖ 50 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de junho de 1952, 203/314: —Há disputa a propósito da possibilidade da permuta e a jurisprudência tem-se orientado no sentido de admiti-la. E que a permuta não passa de uma dupla venda em que as coisas permutadas representam, reciprocamente, as funções de objeto e de preço, aplicando-se-lhe, com modificações, é cedo, as disposições referentes àcompra-e-venda. Sendo de admiti-la, bem de ver que não poderá escapar às exigências do art. 429 do Código Civil. Não importa a alegação da impraticabilidade da permuta em hasta

pública. Se existe essa impraticabilidade, a conclusão há de ser no sentido da impossibilidade de tal negócio com referência a bens de tutelado ou de curatelado. Jamais permiti-la sem as cautelas que a lei exige‖; se bem que a 1ª Câmara, a 15 de fevereiro de 1949, 179/794, haja dito: —A exigência da hasta pública é para a venda. Em se tratando de permuta de imóveis de filhos curatelados dos pais, não é necessária aquela providência.‖). Não pré-exclui a incidência dos arts..

427, V, e 429 o tratar-se de partes ideais (sem razão, 30 Câmara, 3 de junho de 1948, 175/582). A hasta pública é exigida ao arrendamento (art. 427, V). A decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 3 de março de 1938 (RU 115/251), que a dispensou, violou a lei (cedo, o 20 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de julho de 1940, 132/80, e a 20 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de julho de 1946, 164/283; mas a 10 Câmara, a 18 de setembro de 1944, dispensou a hasta pública, 171/ 127).

§ 1.022. Atos que o tutor não pode praticar

1. Código *Civil,* art. *428.* Estatui o art. 428: —Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: 1 - Adquirir por si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis, ou de raiz, pertencentes ao menor. II - Dispor dos bens do menor a título gratuito. III - Constituir-se cessionário de crédito, ou direito, contra o menor.

2.

Vedações *absolutas.* Assim, é absolutamente vedado ao tutor, ainda com autorização do juiz, sob pena de nulidade: a) Adquirir por si, por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis, ou de raiz, pedencentes ao menor (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § 29). igual proibição se fazia ao juiz e escrivão de órfãos e aos juizes de direito (Lafaiete Rodrigues Pereira, Direitos de *Família,* 286). O Código Civil omitiu essa disposição das Ordenações Filipinas, Livro 1, Títu!o 88, § 30, e do Livro IV, Titulo 15; mas as leis processuais podem incluí-la, e deve-se, em todo o caso, ter como suspeito o juiz que adquirir, por quaisquer meios, salvo sucessão, bens

móveis ou imóveis pertencentes a órfãos. Pela Ordenação do Livro IV, Título 88, § 30, sendo achadas em poder do juiz de órfãos coisas pertencentes a algum órfão de sua jurisdição, incorria na pena de pagar o seu valor anoveado, e de perder o ofício. *b)* Dispor dos bens do menor a titulo gratuito (L. 3, C., si maior factus sine decreto factam alienatbonem ratam habuerit, 5, 74: —Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possunt‖).

c) Constituir-se cessionário de crédito, ou direito, contra o menor (Nov. 72, c. 5). A lei não excetua da regra proibitiva qualquer caso de cessão. Nula será ela, qualquer que seja o modo ou origem; ou, como se dizia na Novela 72, c. 5: et cessiones in semet *ipso,* aut *per* donationem aut vendítionem aut alio quolibet egerit modo. Nada, Porém, inibe o tutor de adquirir, por sucessão hereditária, créditos contra o menor. A regra jurídica, firmada em antiga doutrina, tem por fito não expor o pupilo â fraude do tutor, que Poderia conseguir de terceiros créditos ou direito contra o tutela do, máxime sendo-lhe fácil, como administrador, subtrair títulos ou documentos comprobatórios da extinção ou da invalidade dessas contas ou direitos. Não se lhe pode proibir, todavia, a sucessao mortis causa. Porque nesse caso, o tutor não é cessionário, e sim legatário ou herdeiro. Mas a doação, onerosa ou gratuita, é nula, por isso s.

que, feita inter *vivos,* poderia ter sido procurada ou simulada, a fim de lesar o pupilo, o que não se dá com as heranças e com os legados.

3. Aquisições, arrendamentos. A lei proibe ao tutor a aquisição de bens móveis, ou de raiz, pertencentes ao menor; mas isso não obsta a que o tutor os arrende (Coelho da Rocha, Instituições, 258), se nisso convier o juiz, e em praça pública, se forem imóveis.

4.

Ação contra o menor. Não se veda ao tutor intentar açao contra o menor; mas deve ficar sujeito a ressarcir o prejuízo causado ao pupilo (e subsidiariamente ficará obrigado o juiz) se se provar que obrou de má-fêi ou cobrou ao menor contas adquiridas por cessão, ou se fez valer contra o tutelado créditos ou direito, que lhe foram transferidos após a instituição da tutoria.

5.

Curador. Nas ações do tutor contra o menor, ou desse contra aquele, nomeia-se curador ao tuteladtS. Tal curatela especial cessa quando se ultima a açao, ou a execução, se a há. Nas próprias execuções das custas, deve funcionar o curador especial.

§ 1.023. Nulidades e anulações

1.

Causas. São nulos os atos praticados por menores de dezesseis anos; anuláveis, os efetuados por maiores dessa idade atê vinte e um anos. Na primeira espécie, o menor teria de ser representado por seu tutor, e na segunda devia estar por ele devidamente assistido. A nulidade pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público; e a anulação, não somente o tutelado pode intentá-la, chegando à maioridade (a afirmação de Clovis Bevilacqua, Direito da Família, 522, de que só o menor poderia arguir a falta de assentimento, e intentar a anulação de seu ato, não tem fundamento), como também o tutor, se lho autoriza o juiz, na vigência da tutoria.

2.

Legitimação ativa. A anulação também pode ser requerida: a) pelo curador, se o menor passa de tutela para curatela; b) pelo pai, ou pela mãe, se o menor cai sob pátrio poder (exemplo: se cessou a interdição do pai, ou da mãe); c) pelo novo tutor, se a primeira ou anterior tutela terminou apenas ex parte tutoris, e não ex *parte* minoris; d) por qualquer interessado: herdeiro, credor etc. O Código Civil, no art. 147,1, considera anulável o ato praticado pelos relativamente incapazes, e no art. 152 estatui que só os interessados podem alegar as anulabilidades do art. 147, 1 e considerando a prescrição matéria de direito estrito, manda, nos casos não mencionados, aplicar-se o art. 177, referente aos prazos ordinários. Dá-se o mesmo se morre incapaz.

4.

Representação. Ineficaz é o ato do tutor, quando o pupilo émaior de dezesseis anos e não consentiu em praticá(lo, ou nem sequer teve ciência ou aviso dele: o direito de representação acaba ao atingir os dezesseis anos o tutelado, e não pode ser prorrogado por quem quer que seja. Se, após completar dezesseis anos o menor, o tutor assina por ele algum negócio jurídico, ou passa, em nome do menor, alguma procuração, tal ato jurídico de quem não tem poder é ineficaz; não se lhe precisa pedir anulação; a decisão do juiz, em ação declarativa, ou incidente, é de declaração, e não de desconstituição. Por isso mesmo — como ato de gestão de negócio alheio — rege-se pelos arts..

1.331-1.345. Pode ser ratificado pelo menor, ainda antes da capacitação, e tem o efeito das ratificações em geral (art.

1.343; Tomos III, § 320, 3-8, e § 584). Se o menor desaprova a gestão, por ser contrária a seus interesses, incidem os arts.. 1.33ª e 1.333, salvo se é o caso do art. 1.340 (art. 1.344). A ação do menor para que se declare que o negócio jurídico ou o ato jurídico stricto sensu é, quanto a ele, ineficaz, não prescreve, por se tratar de ação declaratória.

5. Ação de nulidade. A ação de nulidadetie a de anulação são ações constitutivas negativas.

s.

§ 1.024. Curador especial para herança e legado ao menor

1.

Instituição. —Quem instituiu um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o menor se ache sob o pátrio poder, ou sob tutela‖ (art. 411, parágrafo único). Tal curador especial não precisa de nomeação judicial. Tem ele apenas de apresentar em juízo a prova da nomeação, pedindo, se quer, que o juiz o reconheça como tal (decisão

declarativa). Antes de se apresentar, qualquer ato do titular do pátrio poder, ou do tutor, ou do curador, a respeito dos bens deixados, é ato de gestão de negócios alheios.

2.

Poderes e deveres. Compete ao curador especial, com autorização do juiz: a) promover, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz incluídos na herança, ou legado; *b)* vender, em praça pública, os móveis, cuja conservação não convenha, e os imóveis, quando haja manifesta vantagem; c) fazer as despesas necessárias com a conservação e melhoramento dos referidos bens; *d)* propor em juizo as ações que interessem aos bens da herança, ou do legado, e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos que se movam em relação a tais bens. O Código Civil não articulou as funções do curador especial, mas a sua natureza mesma as indica.

Surge, porém, dúvida. Pode o curador especial propor em juízo ações, quanto a esses bens, em favor do menor, ou defendê-lo? Ao primeiro exame parece que se trata de função especialíssima do tutor; porém não no é: como ao juiz compete avaliar a necessidade e as despesas das demandas forenses, não se pode dizer que ficasse prejudicado o menor com a ação judiciária de dois representantes ou assistentes, o tutor e o curador especial. A curadoria seria inócua, se não tivesse a missão de —defender‖ os bens da herança ou do legado. E o Código Civil, ao tratar das invalidades dos atos jurídicos, deu a entender que o curador especial tem funções de procurador ou assistente judicial do menor, o que ablui, de vez, dúvida, e foi a razão de miudearmos no texto os misteres do curador quando nomeado pelo instituidor da herança ou do legado: —... são anuláveis quando resultem de atos por eles praticados, sem assistência do curador, que neles houvesse de intervir‖ (art. 154, II).

3.

Sem *autorização judicial.* Sem autorização judicial pode o curador especial: a) receber, em nome do menor, as rendas dos bens da sucessão; 1,) alienar os que são destinados à venda. O curador especial incide em todas as proibições referentes ao tutor, quanto aos bens sob seu cuidado e administração. Os encargos contraidos pelo menor ou pelo tutor, que consistam ou importem alienação ou oneração dos bens sucedidos, são anuláveis, se resultantes de atos praticados sem a

assistência do turador especial.

do processo em que tiver sido nomeado (Código de Processo Civil, art. 919). Cumpre, porém, advertir-se em que é da competência dos Estados Federados legislar sobre organização judiciária e a lei local pode estabelecer competência para a ação contra o tutor e competência para a ação contra o juiz, que não seja a traçada na lei federal.

§ 1.025. Responsabilidade do tutor e do juiz

1.

Código *Civil,* arts. 411 e *412.* Diz o Código Civil. art. 431: —O tutor responde pelos prejuízos, que, por negligência, culpa, ou dolo, causar ao pupilo; mas tem direito a ser Pago do que legalmente despender no exercício da tutela, e, salvo no caso do art. 412, a perceber uma gratificação pelo seu trabalho.‖ Sua responsabilidade começa de existir desde o momento em que toma a administração da tutela, ou no em que deveria tê-la tomado. Dizia a L. 1, § 1, D., de administratione et periculo *tutorum* et curatorum, 26, 7: id constitutum est, *ut, qui* scit se tutorem datum nec excusationem si quam *habet* allegat intra tenipora praestituta, suo periculo cesset.

Na L., pr. D., de tutelae, 27, 3, está a sedes materiae: —Nesse juízo, dará conta de tudo que fez, não devendo fazê-lo, mesmamente do que não fez, prestando dolo, culpa e quanta diligência põe em suas próprias coisas (et quantam in suis rebus diligentiam‖ Aliás, interpolação a Ulpiano.

2.

Ação. Para garantir a fiel gestão da tutela, a testituição dos bens e a indenização de perdas e danos, tem o menor a hipoteca sobre os bens do tuton a caução real ou fidejussória, que a reforçou, bem como a responsabilidade subsidiária do juiz.

A fim de haver a indenização pelo mal causado, compete-lhe, ou a seus herdeiros, ação ordinária, que se denomina

—ação de tutela‖ (adio tutelae directa, cf. Borges Carneiro, Direito *Civil* de Portugal, III, 118) e que deve ser intentade perante o juiz que nomeou o tutor, ou o que tomou as contas. Só a responsabilidade é do juiz, deve ser promovida perante o que o substitui em vista da suspeição. As contas dc tutor tomam-se em apenso aos autos s.

3.

Fiador. Na falta do tutor ou dos seus herdeiros, responde o fiador da tutoria, ou seus herdeiros, pelo prejuízo que o menor sofreu, e só depois de demandados esses cabe a ação contra o juiz, salvo se a responsabilidade dele é direta. Quanto a responsabilidade do tutor, melhor elucidam, atendendo às espécies, os parágrafos seguintes, em que se versam o destino dos bens e a prestação de contas.

§ 1.026. Pagamento e gratificação ao tutor

1.

O que o tutor despende; gratificação. O tutor tem direito a ser pago do que legalmente despende no exercício da tutela (art. 431, 2ª parte). Salvo o caso de menor pobre, ou abandonado, tem o tutor o direito de perceber gratificação por seu trabalho. Será a que os pais determinaram. Se os pais não a fixaram, arbitra-a o juiz até dez por cento, no máximo, da renda líquida anual dos bens administrados pelo tutor. E, portanto, diretamente responsável o juiz que a fixar em mais de dez por cento, bem como o tutor que exceda ao devido, ou, por quaisquer meios, iluda ou fraude a dedução da percentagem. Se o pai, ou mãe, que faleceu, a fixou em percentagem ou quantia irrisória, o juiz, àevidência da insuficiência do quanto, ou com a prova de ninguém aceitar a tutela com tal remuneração, tem de decidir como se o pai, ou mãe, que faleceu, não houvesse fixado a retribuição.

2. Percentagem. Tira-se a percentagem, prestadas as contas, da renda liquida anual dos bens administrados, isto é, da renda auferida,deduzidas as despesas, não só as que se fazem para cobrança, plantio, colheita, como as que consistam em benfeitorias necessárias e conservação dos bens, seguros, sustento e ensino do órfão etc. Assim, apurados R$

20.000,00, deduzidos R$ 2.000,00 para conservação dos bens, seguros etc., ficam R$ 18.000,00 dos quais se extrai a percentagem que se fixou previamente. Rode o juiz, atendendo àconveniência resultante de qualquer outra fixação, arbitrar taxa variável, ou proporcional à renda liquida, contanto que não exceda àpercentagem máxima admitida por lei, que é a de dez por cento. Exemplos: de R$ 2.000,00 a R$ 20.000,00, 8ª; de R$ 20.000,00 a R$ 30.000,00, 9ª; ou, inversamente, de R$ 2.000,00 a R$ 20.000,00, 5ª; de R$ 20.000,00 a R$ 30.000,00, 3ª etc.

3. Rendimentos. Ainda que os rendimentos de cada ano sejam certos, como juros de apólices, títulos de dívida etc., a gratificação só pode ser calculada quando tomadas as contas e saldados os alcances. Não se incluem na renda, de modo que deles não se extrai percentagem: a) as soldadas, prêmios, dádivas, que por seu trabalho receber o menor; *1ª*

os legados, heranças ou doações, que o menor tiver; c) os prêmios de loteria e demais ganhos extraordinários; d) a renda dos bens administrados por curador especial, pois só a esse poderia competir a percentagem.

4. Prémio prefixado. Se o pai, a mãe ou o avô, que nomeou tutor testamentário para o menor, instituiu prêmio ao nomeado, e.g., herança ou legado, cujo encargo é a tutela, não pode o juiz fixar nova taxa, nem proceder segundo antiga regra do direito anterior que permitia ao tutor, em caso de prêmio em testamento, o optar por ele ou pela percentagem (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 88, § 53).

5. Aceitação. A aceitação da tutela ou do prêmio tira ao tutor o direito de ser gratificado de outra maneira, salvo se no testamento o nomeante, ao instituir o prêmio, ressalvou a gratificação ordinária fixada pelo juiz, ou se ele mesmo a fixou independentemente do prêmio, desde que razoável. Na dúvida, só há o premio.

§ 1.027. Bens de tutelados

1. Código *Civil,* art. *432.* —Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiros de seus tutelados, além do necessário, para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens‖ (art. 432, pr). —Os objetos de ouro, prata, pedras preciosas e móveis desnecessários, serão vendidos em hasta pública, e seu produto convertido em títulos de responsabilidade da União, ou dos Estados, recolhido às Caixas Econômicas Federais ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz‖ (art. 432, § 1ª, 1ª parte).

s.

(Deixa-se de mencionar a legislação referente a depósitos e recolhimentos, por ser demasiado variável e estranha ao direito de família, a despeito da referência do Código Civil às —Caixas Econômicas‘.) 2. Emprego do dinheiro. O dinheiro, proveniente de rendas, da venda de bens, ou do que quer que seja, terá o mesmo destino que os objetos acima referidos (art. 432, § 1ª 2ª parte : —O mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência.‖). Ainda que a quantia se tenha de empregar em bens de raiz ou titulos da dívida pública, não pode o tutor conservá-la sob sua guarda, por não convir no momento a compra, ou por qualquer outro motivo. Se assim a detém, pode ser considerado suspeito e deve pagar os juros legais ao tempo em que a guardou, bem como indenizar integralmente o prejuízo, se advier.

3. Valores; Código Civil, art. *433.* Lê-se no art. 432, § 2ª —Os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima ditos, pagando os juros legais desde o dia em que lhes deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação.‖

Ordena o art. 433: —Os valores que existirem nas Caixas Econômicas Federais, na forma do artigo anterior, não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente: 1 - Para as despesas com o sustento e educação do pupilo, ou a administração de seus bens (art. 472, nº 1). II - Rara se comprarem bens de raiz e títulos da dívida pública da União, ou dos Estados. III - Rara se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado. IV - Rara se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.‖

O

art. 433 tem por uma de suas Consequências ser responsável o juiz, subsidiariamente. se permite o levantamento sem estar satisfeito um dos pressupostos necessários para ele. Tal responsabilidade também tem ele se não fez depositar-se o que deveria ser depositado.

4. Demora na aplicação. Os tutores respondem, em geral. pela demora na aplicação de quaisquer valores que se devam empregar ou depositar, pagando os juros legais desde o dia em que lhes deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação de aplicá-los, para cuja efetividade deve providenciar o juiz. A taxa dos juros legais é de seis por .ento ao ano (art. 1.063). Os valores que existam nas Caixas Econômicas Federais, ou noutros institutos, segundo a legislação própria, só podem ser retirados, para fins determinados e mediante ordem do juiz, quando necessários: *a)* para as despesas com o sustento e a educação do pupilo, ou a administração de seus bens, isto é, conservação e melhoramento; *b)* para se comprarem bens de raiz t títulos da divida pública da União ou estaduais; c) para se empregarem de conformidade com o disposto por quem os haja doado; e nesse caso, havendo curador especial, só a ele, com ordem do juiz. compete a retirada do valor: d) para se entregarem aos órfãos, quando suplementados, ou maiores, ou se faleceram, aos seus herdeiros.

A demora na aplicação ou no depósito aprecia-se conforme as circunstâncias; porém os juros da mora correm desde o dia em que deveriam aplicar ou depositar, salvo se há decisão, trânsíta em julgado, que haja dilatado o prazo, ou adiado a data do depósito ou da aplicação, ou que reconheceu terem sido as circunstâncias, que, sem culpa do tutor, retardaram o depósito ou a aplicação. Se bem que a responsabilidade do tutor seja por culpa (negligência, culpa, ou dolo‖, art. 431), se o que devia ser aplicado, ou depositado, não no foi, responde ele ainda sem culpa pela perda do que havia de ser aplicado ou depositado e, subsidiariamente, o juiz, segundo o art. 420.

§ 1.028. Prestação de contas da tutela

1. Dever de *prestar contas.* —Os tutores, embora o contrário dispusessem os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração‖ (art. 434). Trata-se de regra jurídica cogente e absoluta, a que não se podem opor, no todo ou em parte, cláusulas elidentes ou restritivas da obrigação. A ela têm-se de arts.crever os tutores, bem como o juiz, responsável direto por sua observância. Diz o art. 435: —No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário.‖ Acrescenta o art. 436: —Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e bem assim quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz o houver por conveniente.‖ Ainda o parágrafo único: ‗As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois de audiência dos interessados; recolhendo o tutor imediatamente em caixas econômicas os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos da dívida pública.'

s.

2. Duas *fases da prestação.* A prestação de contas tem duas fases: *a)* a preparatória, ou administrativa, em que os tutores têm de submeter ao juiz o balanço da administração da tutoria, o qual, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário, podendo ser consideradas suspeitas as contas do balanço não prestadas no fim de cada ano; *b)* a prestação de contas propriamente dita que se efetua de dois em dois anos, e bem assim quando, por qualquer motivo, deixam os tutores o exercício da tutela, ou quando o juiz o haja por conveniente. As contas são tomadas em juízo e julgadas depois de audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente em caixas econômicas os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos da dívida pública.

3. *Ação.* Se, ao tempo de serem prestadas as contas, não o promove o tutor, deve o juiz mandar intimá-lo para que as dê em vinte e quatro horas (arg. Código de 1973, art. 192), ou dez dias, no máximo (arg. Código de Processo Civil, art. 915, § 3ª, 2ª parte). A lei processual pode ser diferente, mas a natureza da ação, que é de rito especial, não admite, em boa técnica legislativa, prazo maior No Código de Processo Civil, os arts. 914-919, tratam da ação de prestação de contas. Se não aparece o tutor, pode o juiz tomar as contas à revelia. Se o tutor comparece, deve prestá-las em forma mercantil, em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado, com toda a especificação de

receita e despesa, documentando os pagamentos feitos, e justificando-os quando não seja evidente seu caráter de despesa legalmente permitida.

4. Receita. Deve-se fazer carga ao tutor, como *receita:* 1 - de todos os bens que lhe foram entregues, com o acréscimo dos frutos e rendimentos, que se fixam conforme o preço pelo qual os bens de raiz foram arrematados, ou avaliados por peritos, quando se tratar de bens explorados diretamente pelo tutor; II - dos valores em numerário, ou em jóias que, por negligência, não foram empregados como exige a lei; III - dos juro~ legais dos valores acima, a contar do dia em que deveriam ser aplicados; IV - dos alcances das contas pretéritas; V - dos juros desses alcances, a contar do dia em que se verificaram; VI - das perdas *e* danos imputáveis ao dolo ou culpa do tutor.

5. Despesa. Devem ser lançados a favor do tutor, como despesa: - os gastos com a conservação, o melhoramento e a utilização dos bens do pupilo, quando justificados e úteis; II - a quantia arbitrada pelo juiz para sustento e educação do órfão, salvo se não foi despendida; III - a gratificação fixa a que tem direito pelo seu trabalho e que deverá ser diminuída se a prestação de contas evidencia que representa mais do que dez por cento da renda líquida anual dos bens administrados pelo tutor. A sentença que julga a prestação de contas não exclui a ação *(ac tio tutelae* directa) que ao menor compete contra o tutor para obter a indenização das perdas *e* danos causados, de modo que os tutores não se podem valer da exceção de já terem dado contas ou satisfeito o alcance delas. A sentença de prestação de contas não exclui, tampouco, a ação subsidiária contra o juiz, que tenha nomeado tutor, ou aprovado as contas, ou a ação direta, quando não haja nomeado, ou no caso de não ter sido oportuna a nomeação. Ror outro lado, a sentença não exclui a ação *(actia tutelae* contraria) que cabe ao tutor para haver do menor o que esse lhe estiver a dever em razão da tutela.

6. Quitação. —Finda a tutela, pela emancipação‖, diz o art. 437, ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo, até então, a responsabilidade do tutor. ——As despesas com a prestação de contas serão pagas pelo tutelado‖ (art. 440). —O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, vencerão juros desde o julgamento definitivo das contas‖ (art. 441). Os juros, como já se disse, são os

legais: seis por cento ao ano. (Mais uma vez observemos que o termo —emancipação‖ é impróprio: nem temos o instituto da emancipaiáo, nem se pode chamar *emancipatio* à venha *aetatis* ou suplemento de idade.) O tutelado somente pode dar quitação depois de cessar a tutela e depois de prestadas as últimas contas. A quitação, que der antes de prestadas as contas e antes de cessar a tutela, é nula; a quitação, depois de cessar a tutela e antes de prestadas as contas, é ineficaz.

§ 1.029. Cessação da tutela e seus efeitos

1.

Código *Civil, arts. 442-445*. O Código Civil possui quatro regras jurídicas sobre cessação da tutela. Diz o art.

442: —Cessa a condição de pupilo: 1 - Com a maioridade, ou a emancipação do menor 11 - Caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento, ou adoção.‖ E o art. 443: ═Cessam as funções do tutor: 1 -

Expirando o termo em que era obrigado a servir (art. 444). II - Sobrevindo escusa legítima (arís. 414 a 416). III -

s.

Sendo removido (arts. 413 e 445).‖ Ainda o art. 444: —Os tutores são obrigados a servir pelo espaço de dois anos.

Complementa o Código de Processo Civil, art. 1.198: —Cessando as funções do tutor ou curador pelo decurso do prazo em que era obrigado a servir, ser-lhe-á lícito requerer a exoneração do encargo; não o fazendo dentro de dez (10) dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo se o juiz o dispensar.‖ Finalmente, o art.

445: —Será destituido o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade.‖ Lê-se no Código de Processo Civil, art. 1.194: —Incumbe ao órgão do Ministério Público, ou a quem tenha legítimo interesse, requerer, nos casos previstos na lei processual civil, a remoção do tutor ou curador.‖ Quanto ao processo, estatui (arts. 1.1951.196) que o tutor será citado para contestar a argúição em cinco dias. Se o fizer, o juiz designará audiência de instrução e

julgamento, havendo prova a ser produzida nela. Se não houver contestação ao pedido, presumir-se-ão aceitos pelo tutor como verdadeiros os fatos alegados na causa *petendi, e* o juiz emitirá a sentença em cinco dias. —Em caso de extrema gravidade', diz o art. 1.197, —poderá o juiz suspender do exercício de suas funções o tutor hipótese em que nomeará interinamente um substituto. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 164, estatui: ‗Na destituição da tutela, observar-se-á o procedimento para a remoção de tutor previsto na lei processual civil e, no que couber, o disposto na seção anterior.‖ Tal seção anterior, estende-se do art. 155 ao art. 163, e diz: —O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

A petição inicial indicará: 1 - a autoridade judiciária a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão *e* a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público; 111 - a exposição sumária do fato *e* o pedido; IV – as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade. O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos. Deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal. Se o requerido não tiver possibilidade de constituir advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado dativo, ao qual incumbirá a apresentação de resposta, contando-se o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação. Sendo necessário, a autoridade judiciária requisitará de qualquer repartição ou órgáo público a apresentação de documento que interesse à causa, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público. Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo. Havendo necessidade, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas. Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possivel e razoável, a oitiva da criança ou adolescente. Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério

Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designado, desde logo, audiência de instrução e julgamento. A requerimento de qualquer das partes, do Ministério Público, ou de oficio, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional. Na audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requerente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por mais dez. A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de cinco dias. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.‖ A ação de remoção é constitutiva negativa, porém, além da força especifica, pode ter o efeito de condenação pela causa da remoção.

No Código de Processo Civil de 1939, lia-se no art. 604. —Ocorrendo causa para a remoção do tutor, ou curador, este poderá, mediante representação do órgão do Ministério Público, ou portaria do juiz, ser provisoriamente suspenso da adrninistração da pessoa e dos bens do tutelado, ou curatelado.‖ O art. 604 só se referia à suspensão provisória, tal qual, no Código de 1973, o art. 1.197 se refere, medida incidente (sem razão, a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de maio de 1942, *DJ* de 2 de julho). A eficácia da suspensão pode começar do alcance efetivo (= fático) do despacho do juiz, e.g., por telefone, telegrama, ou outro meio de comunicaçãO do despacho. As vezes éconveniente notificar-se ou intimar-se terceiro antes de se dar a intimação a que se referia o art. 604, § 1ª, do Código de Processo Civil de 1939, segundo o qual, autuada a representação do órgão do Ministério Público, ou a pOrtaria do juiz, o tutor ou curador seria intimado para, no prazo de cinco dias, que correria em cartório, responder à argdição; findo o prazo (§ 2ª), o juiz designará audiência para instrução e julgamento, na qual proferirá sentença. O art. 605 (‗A sentença que remover o tutor, ou curador‖, dizia, —nomeará outro, e, apensos o~ autos aos do inventário, o removido será intimado a prestar chitas.‖) devia ser interpretado como sendo de exigir-se a nomeação do novo tutor na própria sentença de remoção. Não queria dizer isso que, não podendo assumir a tutela, desde logo, o nomeado, não pudesse o juiz nomear o definitivo e outro, interino.

Quem pode o mais pode o menos. Por conseguinte, durante o andamento do processo de remoção, pode o juiz confiar o menor à guarda de pessoa idônea, que ficará sujeita às obrigações e encargos

de direito. Nesse sentido, já se assentava o antigo Decreto n0 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, art. 43, § 3ª: —Durante o andamento da ação de s.

inibição ou de remoção, qualquer pessoa pode dirigir-se ao juiz ou tribunal, pelo meio legal, a fim de obter que o menor lhe seja confiado, sujeitando-se às obrigações e aos encargos de direito; e. se for julgada idônea, o juiz ou tribunal poderá atendê-la‖; art. 48: —Se dentro de um prazo razoável, ao critério da autoridade competente, mas nunca inferior a três meses, a datar da notificação, o pai, a mãe ou o tutor não reclamar o menor, quem o recolheu pode requerer ao juiz ou tribunal de seu domicilio que no interesse do menor o exercício de todos ou parte dos direitos do pátrio poder lhe seja confiado‖; art. 49: —Quando o menor for entregue por ordem da autoridade judicial a um particular, para que fique sob a sua guarda ou àsoldada, não há necessidade de nomeação de tutor, salvo para os atos da vida civil, em que é indispensável o consentimento do pai ou mãe, e no caso do menor possuir bens; podendo, entao, a tutela ser dada à mesma pessoa a que foi confiado o menor ou a outra‖; art. 50: —Quando, pela intervenção do pai, da mãe, do tutor ou por decisão judicial, o menor tiver sido confiado a alguma das pessoas previstas pelos artigos antecedentes e o reclamar quem tenha direito, se for provado que o reclamante se desinteressou do menor desde longo tempo, a autoridade judicial pode, tomando em consideração o interesse do menor, mantê-lo sob a guarda e responsabilidade da pessoa a quem estava confiado, determinando, se for preciso, as condições nas quais o reclamante poderá vê-lo‖; art. 51: —Nos casos do artigo precedente, a autoridade judicial pode também, conforme as condições pessoais do pai ou mãe, ou tutor, que reclame o menor, decretar a perda do patno poder ou a remoção da tutela, concedendo-a a quem o menor está confiado ou a outrem‖; art. 52: ═Esse mesmo preceito é aplicável ao caso em que o responsável pelo menor o entregue a terceiro, para o criar e educar gratuitamente, sem a declaração expressa de restituir.‖ Regovado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, nessa o art. 98 estabeleceu: —Como medida cautelar, em qualquer dos procedimentos, demonstrada a gravidade do fato, poderá ser, liminar ou incidentemente, decretada a suspensão provisória do pátrio poder, da função de tutor ou da de guardador, ficando o menor confiado à autoridade administrativa competente ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade até a decisão final.‖ A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 267, revogou a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, e sob os arts. 32, 33, § 2ª, 157 e 167 os princípios são os mesmos.

2.

Terminação *da tutela.* Termina a tutela:

I-Em relação ao tutor e ao menor: *a)* com a maioridade, ou com o suplemento de idade ou *venta cetatis,* à qual o Código Civil chama, erradamente, emancipação; *b)* caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento, ou adoção. Em todos esses casos, a tutela também acaba da parte do próprio pupilo, *ex parte* minoris, de modo que se extingue a situação *pupilar*.

II- Em relação apenas ao tutor: *a)* expirando o termo de dois anos, em que era obrigado a servir; *b)* sobrevindo escusa legitima; *c)* sendo removido, o que se dá pela incapacidade para ser tutor, ou quando prevarica, ou é negligente.

Nesses casos, a tutela só se extingue *ex parte* tutoris, e dá-se novo tutor ao menor.

Capítulo V

Curatela

§ 1.030. Definição e espécies de curatela

1.

Definição. Curatela ou curadoria é o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores, ou maiores, que por si não no podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausênda, ou por ainda não terem nascido.

No direito brasileiro, chama-se curatela assim à curatela sobre bens sem incapacidade da pessoa (A) como à curatela dos incapazes que são ou não são menores (B). De modo que as curatelas (B) são pessoais, como a tutela e o pátrio poder, ao passo que as curatelas (A) têm conteúdo limitado a certos interesses, ou oportunidade. A curatela dos pródigos ocupa lugar intermédio.

2.

Espécies. Daí seis espécies de curadorias (B): *a)* curatela de loucos (furiosi e *mente caput; b)* curatela dos neuróticos *e* dos psicóticos; *c)* curatela dos surdos-mudos (surdi, lidem *et* mutõ; *d)* curatela dos pródigos *(prodig* O; *e)* curatela dos ausentes (absentes); d) curatela do nascituro. A curatela da herança é curatela (A).

s.

3.

Curatelas especiais. Além dessas, ainda existem curadorias especiais, como sejam; *a)* a que o decujo estabeleceu para os bens deixados a menor herdeiro ou legatário seu (art. 411, parágrafo único); *b)* a que se dá à herança dita jacente (art. 1.591); c) as que derivam do direito judicial e têm caráter acentuadamente público: a)

as curadorias gerais de órfãos, resíduos, massas falidas e ausentes, que são ramos do Ministério Público incumbidos de oficiar nos negócios em que são interessados órfãos, menores, interditos, massas falidas, ou ausentes; b) as curadorias *in fitem,* que as leis processuais criam aos que, sendo incapazes, precisam litigar com seus representantes, como a que se dá ao filho sob pátrio poder, quando os seus interesses colidem com os interesses dos pais (ari. 387). O Código Civil não adotou sistema a respeito das curadorias in fitem: ora diz que se dêem curadores especiais, ora fica silencioso em certos casos, deixando, visivelmente, às leis processuais, suprirem a lacuna. Fora melhor que sempre lhes deixasse esse encargo, ou que, sistematicamente, considerasse a instituição das curatelas especiais matéria de direito material. *d)* A curadoria, também de caráter processual, que se institui, nas açoes de nulidade e anulações de casamento, com o fim de pugnar pela validade dele (art. 222), ou, nos casos de promover-se interdição, para defender o suposto incapaz. A curadoria para defender o casamento foi criação do direito canônico e dela tratamos no Tomo VII. Aliás a função do defensor matrtmonii, que estudamos, de espaço, no Tomo VII e nos *Comentários ao Código de* Processo *Civil* de 1939, tem conteúdo que se não confunde com os da curadoria: mais defende-o que cura. O *defensor matrimon ii,* como o defensor da sociedade conjugal, que a lei processual pode criar, tem missão de advogar, respectivamente, pelo vinculo ou pela sociedade conjugal (Tomos VII, §§ 813, 4 e 815, e VIII, § 830, 10).

4.

Direito de família *e direito das sucessões.* A espécie *a)* e a espécie 1,) escapam ao plano deste Tomo: pertencem ao direito das sucessões. As outras, inerentes ao processo, serão referidas ou já o foram, por ocasião de estudarmos os vários assuntos a que se reportam.

A interdição é ato do poder público pelo qual se declara ou se retira (= desconstitui) a capacidade negocia! de alguém.

Não há dúvida quanto a haver algo após a interdição quando ela retira capacidade negocia!, de todo ou em parte. Mas a interdição dos absolutamente incapazes não apresenta a mesma simplicidade; e pergunta-se: ~o ato do poder público preponderantemente declara, ou constitui eficácia? A *insania* (= doença do *mente captus,* do *demer's,* do f *atutis)* preexiste à interdição; e o direito romano e o germânico não conheciam verdadeira interdição dos insanos. A interdição

constitutiva vai entroncar-se no velho direito francês (desde 1499, pelo menos, sob Luis XII), tratando ao louco como ao pródigo (cp. Otto Levis, Die *Entmúndigung Geisteskranker,* 8).

Seria preciso ordenança do magistrado para que se tirasse a capacidade. No direito comum, a concepção da incapacidade existente por si, que era a do direito romano, persistiu. Teve-se, pois, a tese romana e a germânica; depois, a antitese francesa. Nos séculos XVIII e XIX esboçam-se sínteses, em que se procurou dar à interdição o caráter de ato para o estabelecimento da curatela. Mas somente nos nossos dias se pôs em termos precisos a questão:

~a interdição somente declara; ou somente constitui; ou declara e constitui, mas preponderantemente constitui?

Quando se tem em vista rigorosa classificação das sentenças por sua eficácia, como entalhamos nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, ainda mais premente se torna a resposta. Para o direito romano, a curatela apenas provia à criação de órgão, e não se pode dizer que o ato não fosse constitutivo. Depois que se deu àinterdição eficácia constitutiva da incapacidade foi que surgiu o problema pelo choque entre essa concepção e a concepção romana. Não se vira a diferença entre constituir situação e função curatelar e constituir incapacidade. Seja dito de passagem que a discussão entre ser contencioso ou de jurisdição voluntária o processo de interdição não vinha ao caso e perdeu-se tempo em trazê-la à balha. Quando K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, § 9, 8) e Otto Levis *(Die* Entmúndigung *Geisteskranker,*

§ 13) afirmam que a sentença de interdição é constitutiva, não dizem os dois a mesma coisa, porque o último se refere à constitutividade para a incapacidade, em todas as espécies. Verdade é que, afirmando a constitutividade, não desciam à distinção necessária os escritores *(e.q.,* W. Kisch, *Beitrâge* zur *Urteilslebre,* 150; O. Philler, *1/orlesungen,* 32-34; H. Beckh, *Beweislast,* 143). Procurou E. Hólder (Kommentar *zum Allgemeinen Teu,* 80) distinguir a eficácia declarativa da interdição dos loucos e a eficácia constitutiva das outras interdições, o que aliás se reconhecia à interdição dos pródigos (A. Wach, *Handbuch,* 1, 540; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 485; H. Fischer, *Die Lebre vom Verschwender,* 41; A. Heucke, *Begriff and Rechtsstellung des Verschwenders,* 40; E Peltzer, *Begriff and Rechtsstellung des Verscbwenders,* 34). A afirmação de ser a sentença de interdição, quanto aos loucos e aos surdos-mudos, que não podem exprimir vontade, declarativa e, quanto aos pródigos e outros relativamente incapazes, constitutiva, é superficial; e compreende-se que pareça ser

a síntese entre a concepção romana e a francesa. Mas é fácil ver-se-lhe o vicio de confusão entre declaratividade preponderante e declaratividade eficácia imediata. Tanto na sentença de interdição por incapacidade absoluta quanto na sentença de interdição por incapacidade relativa há elemento de declaração e elemento de constituição; mas *(a)* o elemento de constituição diferença-se : *a)* na interdição por incapacidade absoluta, só se constitui o regime curatelar; *b)* na interdição por incapacidade relativa, constituem-se a incapacidade e o regime curatelar; e *(b)* diferença-se o elemento declarativo: *a)* na interdição por incapacidade s.

absoluta, diz-se que a incapacidade, absoluta, preexistia, *juridicamente; b)* na interdição por incapacidade, *faticamen te,* donde surge a necessidade de se tirar a capacidade. A diferença está nnºque se declara, mas, em verdade, o elemento declaratório, numa e noutra, é eficácia, e não força da sentença. Daí a carga da sentença: constitutividade,*****; declaratividade , ****; mandamentalidade,***; executividade,**; condenatoriedade,

*(*Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, III, *2,* 479). Portanto, não se pode ver n,a sentença da interdição, qualquer que seja, sentença declarativa (ttruckmann-Koch. *ReichsCiuilprozessordnang,* 7ª ed., 751; J.

Kohler, *Prozessrechtliche Forschungen,* 108 5.; E Hellmann, *Lehrbach,* 901; G. Mandry, *Der ziuulrechtlicbe Inhalt der Reichsgesetze,* 38 e 108; cp. H. Reuss, Rechtsschutz *der Geisteskranker,* 27), nem, sequen somente na interdição por loucura (E Regeisberger, *Pandekten,* 1, 260 e 485; A. Gõring, Das *Recht der Minderjàhringen and Entmúndigten,* 2). Ora, o que se passa é que a declaração não é, em qualquer sentença de interdição, mais do que declaração de que os pressupostos da interdição foram examinados e encontrados (A. Friedländer, Das Entmúndigungsverfahren, *Archiv* fOr *die civilistische Praxis,* 86, 444; A. Wach, *Handbuch,* 1, 55, cp. 540; A. Hardeland, Die Behandlung der Geisteskranken im Privatrechte, *Jberings Jahrbúcher,* 37, 170 5.; R. Schmidt, *Lehrbach,* 135). O elemento constitutivo é que, nas interdições por incapacidade absoluta, somente concerne ao regime curatelar, e, nas interdições por incapacidade relativa, ao estado de incapacidade e ao regime curatelar, criando aquele, e exerce papel semeIbante, inverso ao da *venha aetatis* (suplemento de idade). Esse papel não no tem nas outras, a despeito do que disse G. Weyse *(Zur Lebre vom Rechtskarakter der Entmúndigung,* 76). O que é comum está na constitutividade do regime curatelar e na declaratividade de existirem os pressupostos, sendo de notar-se que os pressupostos são

diferentes e o direito privado atribui à sentença da interdição força constitutiva *diferente.*

5. *Caradores.* Chamam-se *curadores* aqueles que exercem a curatela, e *caratelados,* ou interditos, os que lhes são sujeitos. A palavra ‗interdito‖, no latim *interdictus,* vem-nos do direito romano: Pompônio, na L. 40, D., *de diversis requlis iuris antiqai,* 50, 17, dizia: *Furiosi vel eius,* cui bonis interdictum sit, *nulia voluntas* eM. Interdito, pessoa a que se proibe alguma coisa, não só quanto aos bens.

6.

O *que abrange a curatela.* A curatela pode abranger: *a)* a pessoa *e* os bens do interdito: *non solum patrimon iam, sed et carpas, e.g.,* a curatela dos loucos, *b)* os bens do interdito *(cura rei),* como a curatela de ausentes, c) apenas certos atos relativos ao patrimônio do interdito (curatela de pródigos).

7.

Cura tela e tutela. A curatela distingue-se da tutela: *a)* Em que a curatela é sempre deferida pelo juiz, salvo a curatela especial para os bens deixados a menor herdeiro ou legatário. A tutela só é deferida pelo juiz, na falta ou impedimento de tutor testamentário ou legítimo, ou em caso de abandono de menores. Em todo o caso, ainda

a

respeito da origem da investidura, está o juiz, que nomeia o curador, arts.trito às regras dos arts. 454, 462, parágrafo único, e 466-468 *b)* A curatela é às vezes dada somente aos bens, ou para interditar certos atos do curatelado, ao passo que a tutela compreende o governo da pessoa e a administração dos bens: *aactoritas* e *gestio.* c) Em resumo, e principalmente: a tutela tem por fim proteger a pessoa a que, devido a sua pouca idade, se não permite ainda governar-se por si e defender-se *(eam qai propter aetatem sua sponte se defendere nequit),* ao passo que a curatela só se dá aos que, por insanidade mental, surdo-mudez, ou prodigalidade, ou ausência, não podem governar a si e a seus bens (non *possant),* ou somente a seus bens.

8.

Espécies intermediárias. O direito brasileiro admite, todavia, espécies intermediárias entre a tutela e a curatela, que são as curatelas in *litem* (ao menor sob o pátrio poder que litiga com os pais etc.) e as curatelas *prorrogadas.*

Curatelas *prorrogados,* ou *extensivas,* são as que se estendem do curatelado a seus filhos nascidos ou nascituros. Têm por fim, como a tutela, suprir a autoridade do titular do pátrio poder As curatelas prorrogadas são, na realidade e juridicamente, simples tutelas.

9.

Código Civil, art. 446. Diz o art. 446: —Estão sujeitos à curatela: - Os loucos de todo o gênero (arts. 448, nº 1, 450 e 457). II - Os surdos-mudos, sem educação que qs habilite a enunciar precisamente a sua vontade (arts. 451 e 456). III - Os pródigos (arts. 451 e 456).‘ A diferença entre elas é ligada à situação mesma da pessoa curatelada. O

grau de necessidade de cada pessoa curatelada é que determina a extensão dos poderes curatelares. E óbvio que o louco mais precisa de curador que o pródigo, porém igualmente dela precisam o louco e o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade. Juridicamente, as duas curatelas seriam idênticas se não existisse, no Código Civil, formulado s.

com toda amplitude, o art. 451 que permite variação decresciva da curatela dos surdos-mudos: —Pronunciada a interdição do surdo-mudo, o juiz assinará, segundo o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela.‖

Com isso, não se cria dualidade de curatela dos surdos-mudos: não há incapacidade relativa por surdo-mudez.

10.

Poderes. As medidas que cabem no poder do curador dependem da natureza da *causa* (insanidade), e não se limitam à capacidade juridica e à vida econômica (W. Wedemeyer, *PJlegschaft Í~ber entmúndigunsreize Geisteskranke,* 44). Há cuidados que, de acordo com

a indicação dos técnicos-médicos, cabem aos curadores, no interesse dos curatelados *e* do público. Exemplo: afastálos das práticas religiosas, no caso de mania religiosa (Werner, *Kann das Christentum Geisteskrank machen?* Askona, 1906; Brauns, *Die religiôse Wahnbildung,* Túbingen, 1906).

§ 1.031. Curatela dos loucos

1.

Neuróticos e psicóticos. Atendendo a que os fracos de espirito, os que sofrem de perturbações mentais, não podem reger, reta e convenientemente, sua pessoa e seus bens, a lei manda que se lhes nomeiem curadores que os representem e possam gerir o patrimônio do incapaz. A interdição do louco é, portanto, benefício da lei, embora prive o individuo do exercício pessoal de seus direitos. Como em todas as instituições tutelares, se não é, in *casa,* legítima por sua finalidade que é a proteção da pessoa e dos bens do interdito, a curatela por insanidade mental torna-se medida condenável, opressiva e manifestamente arbitrária.

2.

"Loucos" Fomos iniciador de movimento contra o sistema apriorístico do Código Civil, que a todos os perturbados dava a única e simplista denominação de —loucos‖, com a Consequência de uma só figura de curatela: a dos loucos, *absolatamente incapazes.* Já em 1917, com franqueza, escrevíamos: —A doutrina firmada pelo Código Civil, sobre antiquada, é de maus resultados práticos. Não admite graus à incapacidade do insano: o profissio nal médico dirá apenas, sem outras considerações intermediárias, se o curatelando *é* ou não *é* incapaz. A loucura, aos olhos da lei, quaisquer que sejam sua etiologia e seus sintomas, tem como Consequência necessária a incapacidade jurídica da pessoa. Assim, os profissionais, a que a lei comete a missão de informar o juiz das situações psicopáticas do arguido de incapacidade, devem pautar suas observações médico-legais pelo único quesito que a lei civil implicitamente formula: ~O estado mental do indivíduo exclui, ou não, sua capacidade jurídica? Para o médico, o simples distúrbio, ainda que parcial e limitado, da

inteligência, pode ser tido como estado de alienação mental.

Juridicamente, porém, esse diagnóstico não basta para que se interdite a pessoa. O juiz, ao informar-se das situações psíquicas do curatelando, terá de indagar principalmente do fato da *incapacidade jurídica,* e não somente do simples estado anormal da mente do insano. Os loucos de todo gênero estão, legalmente, sujeitos à curatela, quer se trate de dementes, de fracos de espírito (imbecis), de dipsómanos (impulsão irresistível a beber), quer se diagnostique a demência afásica, a fraqueza mental senil, degenegação, psicastenia, psicose tóxica (morfinismo, cocainismo, alcoolismo), psicose autotóxica (esgotamento, uremia etc.), psicose infectuosa (delírios pós-infecciosos etc.), paranóia, demência arteriosclerótica, demência sifilitica etc., uma vez que a moléstia altere o uso vulgar de suas faculdades, tornando-o incapaz de exercer normalmente os atos da vida civil. Ao juiz, portanto, só dois quesitos impod~: 1) Quanto à *finaIidade* da instituição da curatela: saber se a interdição aproveitaria ao arguido de incapacidade, isto é, se é necessária. 2) Quando à *razão legal* da curadoria: se o individuo, é, ou não, incapaz de reger sua pessoa e seus bens. O primeiro fica dependente do segundo, que é de caráter público, *e* sua resposta engendrará forçosamente a resposta àquele. A perícia psiquiátrica não pode ser entregue apenas ao juiz que, se conhece o texto da lei, pode desconhecer as sindromes tidas como suficiente para elidir a *capacidade* jurídica da pessoa. As moléstias mentais admitem gradações e modalidades várias; e era necessário que a lei permitisse, conseqúentemente, as gradações e modalidades da incapacidade juridica. O Código Civil não aceita, porém, tal gradação da incapacidade civil dos insanos da mente: se bem que admita vários graus de incapacidade dos surdos-mudos, em relação às moléstias mentais ou nervosas, que em tanto importa usar das expressões —loucos de todo o gênero‖, só distingue dois estados da mentalidade:

a)

A capacidade civil. *b)* A incapacidade civil absoluta. —Por exceçáo, o Código Civil admitiu *implicitamente* dois graus, em se tratando de prodigalidade: quando a prodigalidade atinge, em suas manifestações, à loucura, deve o indivíduo ser submetido, não àcuratela dos pródigos, mas à dos loucos; se a síndrome da prodigalidade apenas interessa à gerência dos bens, dá-se-lhe curador com poderes restritos à assistência bonitária.‘ O Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, acentuando o que se fizera no Decreto nº 14.969, de 3 de setembro de 1921, que se referiu à Lei nº

4.294, de 6 de julho de 1921, veio atender ao que pediramos em 1917.

s.

3.

Obrigações. A obrigação contraída pelo interdito por loucura, ou surdo-mudez, é nula. Se o contraente estava louco, ou já era surdo-mudo que não pudesse exprimir a vontade, a obrigação énula, independentemente da interdição.

Tais obrigações são, todavia, afiançáveis. O Código Civil, no art. 1.488, dispôs: —As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoaI do devedor.‖ Já interpretamos, noutro lugar, o texto legal; razão por que não miudeamos, de novo, os argumentos ali expendidos, mas procuramos esclarecê-los mais diretamente.

4. *Fiança.* Tem fundamento histórico a concessão de afiançabilidade das obrigações nulas *ex* persona, em se tratando de devedores loucos, surdos-mudos e pródigos? No direito romano, a jurisprudência já era incerta. Ulpiano escreveu (L. 25, D., *de fideiussoribus et mandatoribus,* 46, 1): ,.. *si quis pra ptipillo* Sifle *tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso lidei asserit, magis esse, at ei* non *subveniatur, quoniam his mandati* acho *flon com petit.* Mas, alhures, o próprio Ulpiano (L. 6, D.. *de verboram obligationibas,* 45, 1), disse o contrário: *Is, cui bonis interdictum est, stipu (ando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro* eo *intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* E Gaio, no Título *de fideiussoribus* et *mandatoribus* (L. 70, § 4, D., 46, 1), deu a mesma decisão como certa: *Si a furioso stipulatus* Jueris, non *posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nuila intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intelegitur.* Pode-se dizer, em vista disso, que a jurisprudência romana vacilava, embora fosse mais pronunciada a tendência a não reconhecer a *obliga tio naturalis* nos pactos do louco ou do pródigo interdito. O Código Civil brasileiro não figura obrigação natural nas estipulações e contratos dos loucos, dos surdos-mudos e demais absolutamente incapazes, o que se conclui do art. 1.007:

—Não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas‖~

mas admite a *obliga tio naturalis* nos atos dos relativamente incapazes (menor de vinte e um anos e mais de dezesseis, pródigo, interdito etc.), porque, no art. 1.008, disse: —A obrigação simplesmente anulável pode ser confirmada por novação.‘ E tanto é certo ser esse o conceito do Código Civil que, sendo intrínseca e implícita à noção de obrigação natural a regra *Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti* non *potest,* o art. 157 deu ao que pagou a incapaz, por obrigação anulada, alguma quantia, o direito de reclamá-la, provando que reverteu em proveito dele a importância paga, e estatuiu, ainda mais ser escusada a ratificação expressa dos atos anuláveis, únicos que ~odem ser ratificados, quando a obrigação já foi, em parte, cumprida pelo devedor, ciente do vício que a inquinava (art. 150). Não se mantém, contudo, através dos outros capítulos, tal noção demasiado simplista, mas perfeitamente aceitável, do que seja *obliga tio natura lis,* nem persevera ele em separar os atos nulos e os anuláveis. No art. 1.488, por exemplo, faz a certas obrigações *nulas* a concessão da afiançabilidade, quando só devera admitir garantia fidejussória a obrigações *anuláveis.* Assim obrigava o sistema da lei. O intérprete não pode entender por obrigações *nulas* as *anuladas,* de modo que se tem de admitir, contra o sistema do Código Civil, a afiançabilidade das obrigações nulas *ex persona;* isto é, como diz o próprio Código Civil, em sua terminologia excêntrica, quando a nulidade resulte apenas de incapacidade *pessoal* do devedor.

Está visto que, diante do art. 1.488, as obrigações anuláveis por incapacidade pessoal do contraente são afiançáveis: porque a lei, dispondo vedativamente sobre obrigações *nulas,* implicitamente facultou a fiança das obrigações *anuladas,* embora o autor da emenda, que tão profundamente subverteu o sistema da lei, incluísse sob a denominação

—nulas‖ as inválidas *de iure* (nulas propriamente ditas) e as inválidas *exceptionis ope* (anuladas).

5.

Obrigações nulas e anuláveis. Enfim, são suscetíveis de fiança: *(a)* As obrigações *nulas,* por serem contraídas: *a)* por loucos, interditos ou não; *b)* por surdos-mudos, que não possam exprimir a sua vontade, estejam ou não interditos; *c)* por ausentes já julgados tais por ato do juiz; *d)* por menores de dezesseis anos. *(b) As* obrigações *anuláveis,* por serem contraídas: *a)* por maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um, não suplementados na idade; *b)* por pródigos interditos; *c)* por

silvicolas. Tiveram a doutrina e a jurisprudência sérias dificuldades em interpretar o art. 970: —Não se pode repetir o que se pagou para solver divida prescrita, ou cumprir obrigação natural.‖

E a reprodução vernácula da regra de Pompônio (L. 19, *pr.,* D., *de condictione indebiti,* 12, 6): *naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.* Surgem as velhas questões ainda em aberto nos tempos romanos: Dos atos *nulos* do louco fica *obligatio naturalis?* ~E que é obrigação natural? Somos de parecer que só dos atos *anulados* fica obrigação natural, pois que esse é o sistema do Código Civil (arts.. 150, 970, 1.007, 1.008 etc.), e não o devemos sacrificar ao art. 1.488, emenda mal redigida que, embora tenha de produzir o efeito imediato, literal, de considerar suscetível de fiança cedas obrigações *nulas,* não deve surtir a Consequência mediata, doutrinária, filosófica, de reconhecer *obliga tio naturalis* nos atos jurídicos dos loucos, dos surdos-mudos etc.

6.

Código Civil, art. 450. Lê-se no art. 450: —Antes de se pronunciar acerca da interdição, examinará s.

pessoalmente o juiz O arguido de incapacidade, ouvindo profissionais.‖ A inspeção judicial é meio de prova e dela falamos nos *Comentários ao Código de Processo Civil.*

7.

Art. 475. Está no art. 475: _Não sendo por desapropriação, os imóveis do ausente só se poderão alienar, quando o ordene o juiz, para lhe evitar a ruma, ou quando convenha convertê-los em titulos de dívida pública.‖

§ 1.032. Curatela dos neuróticos e dos psicóticos

1.

Textos de 1921 e de 1934. A Lei nº 4.294, de 6 de julho de 1921, cogitou da toxicomania. O Decreto nº

14.969, de 3 de setembro de 1921, completou-a. Por fim, o de nº 24.559, de 3 de julho de 1934, realizou o que sugeríamos, em 1917, no *Direito de Família.* Assim, estatui o art. 26: —Os psicopatas, assim declarados por perícia médica jrocessada em forma regulan são *absoluta* ou *relativamente* incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.‖ E no parágrafo único: —Supre-se a capacidade pelo modo instituído na legislação civil ou pelas alterações constantes do presente decreto.‖ Era a graduação científico-judicial, que preconizávamos.

2.

Administrador provisório e *curador.* Cogitou o Decreto nº 24.559, arts. 27, § 2ª. e 28, do *administrador provisório* e do *curador.* Tratando-se de legislação especial, não há analisá-lo neste livro. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 92, estatuiu: —As interdições serão registradas no mesmo cartório e no mesmo livro de que trata o art. 89, salvo a hipótese prevista na parte final do parágrafo (mico do art. 33, declarando-se: 1ª) data do registro; 2ª) nome, prenome, idade, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do interdito, data e cartório em que forem registrados o nascimento e o casamento, bem como do cônjuge, se for casado; 39) data da sentença, nome e vara do juiz que a proferiu; 49) nome, profissão, estado civil, domicilio e residência do curador; 59) nome do requerente da interdição e causa desta; 6ª) *limites da curadoria, quando for parcial a interdição;* 79) lugar onde está internado o interdito.‖ O art. 89, citado, estabeleceu: —No cartório do 1ª Ofício ou da U subdivisão judiciária de cada comarca serão registrados, em livro especial. as sentenças de emancipação, bem como os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados.‖

§ 1.033. Curatela dos surdos-mudos

1. *Código Civil, art. 451.* Diz o Código Civil, art. 451: —Pronundada a interdição do surdo-mudo, o juiz assinará, segundo o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela.‖ A gradação, de que ai se fala, não vai até onde terminaria a incapacidade absoluta do surdo-

mudo e lhe começaria a incapacidade relativa.

2. *Gradações.* A lei civil admite gradações aos poderes do curador do surdo-mudo; não quer isso dizer, todavia, que admita ao surdo-mudo diversas espécies de capacidade. Seria contravir os principios gerais que só assentam duas diminuições de aptidão jurídica: a incapacidade absoluta e a relativa.

O que o Código Civil pretende é que só se considere absolutamente incapaz o surdo-mudo que não possa exprimir a sua vontade, quer por ser a surdo-mudez oriunda de lesão central e agravada pela idiotia ou imbecilidade, quer por ser ainda inculto o surdo-mudo apto à educação. Em ambos os casos, o doente é incapaz de sondar, de dirigir-se no mundo civil.

3.

*Adapta*ção. Se o surdo-mudo está educado e pode, por escrito ou por sinais de alfabeto apropriado, comunicar-se com as outras pessoas reger normalmente a sua pessoa e os seus bens, a lei seria injusta se o conservasse sujeito à curatela. Em tais espécies de relativa adaptação à vida social, o surdo-mudo é apenas ser defeituoso, e não mais inábil para os atos da vida civil. Adquire a situação de *sui ivris,* se é maior, ou passa à tutela, até que alcance a maioridade, ou o suplemento de idade.

4. *Representação.* Entre o surdo-mudo que tem de ser representado por seu curador em todos os atos da vida civil s.

(incapacidade absoluta) e o que possui a livre manifestação de seus atos e os pratica, validamente, nas relações pessoais ou bonitárias, a lei civil permite situações médias, intercalares, que põem os surdos-mudos em situação jurídica de capacidade, sem que cesse para outros atos a sua incapacidade.

5.

Crítica à lei. A lei civil devia ser mais explícita quanto à aptidão dos surdos-mudos. No art. 52, enumerando os absolutamente incapazes, o Código Civil mengipna os —surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade‖, e no art. 451 manda assinar os limites da curatela do surdo-mudo, conforme o desenvolvimento mental do interdito, sem que, no art. 62, referente aos relativamente incapazes, incluisse os surdos-mudos, a que se conceda aptidão jurídica para certos atos.

Tal distinção que, considerada em si, talvez pareça ociosa, éde grande importância no que concerne à teoria legal das invalidades.

Na realidade, o Código Civil criou situações *sui generis* para o surdo-mudo cuja cultura ou menor gravidade da doença permita ao juiz restringir os poderes e funções do curador: o interdito é *capaz* para certos atos, sem que, por isso, seja considerado relativamente capaz, como os pródigos, os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um; e os silvícolas. Continua, no que se refere aos atos para os quais se circunscreveu a curatela, individuo equiparado aos loucos, aos menores de dezesseis anos e aos ausentes. Os atos para os quais está apto são plenamente válidos e aqueles, para os quais se lhe dá curador, que o represente, quando praticados pelo interdito, são *nulos.*

Trata-se, pois, de caso especial de incapacidade relativa, embora um tanto paradoxal: incapacidade *absoluta...*

suscetível de exceções. Na prática, todavia, acredita-se que pode ser de real alcance esse aparente defeito técnico do Código Civil.

6. *Nulidades.* Os atos para os quais se interdisse o surdo-mudo, quando por ele praticados, são nulos de pleno direito.

Donde se conclui: a) não podem ser ratificados; *b)* a nulidade deles pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público~ e deve ser pronunciada pelo juiz, quando conhece do ato ou dos seus efeitos e a encontra provada, não lhe sendo permitido suprila, ainda a requerimento das partes (art. 146 e parágrafo único); *c)* o curador tem de representar o curatelado em todos os atos para os quais está interdito. Se o juiz dá ao interdito o direito de decidir em certos casos, sem mandar que o represente o curador, entende-se que lhe deu, para tais atos, perfeita capacidade.

7. Cisão *dos* atos. Real *e* legalmente, é possível ao juiz dar inteira capacidade ao surdo-mudo para certos atos. Sirva de exemplo o surdo-mudo, mesmo incurável, que venda bilhetes de loteria. Para o movimento mecânico de exibi-los em público, em gesto rudimentar de oferecimento, o surdo-mudo pode prescindir da *represen tação* curatelar, que é a característica da incapacidade absoluta. De fato e de direito, os atos que ele pratica, na venda de bilhetes (uma vez que a sentença de interdição ressalvou tal exercício profissional), são *inteiramente* válidos, ainda que para outros atos seja absolutamente incapaz o surdo-mudo, isto é, precise, de fato e de direito, de que o curador o represente (incapacidade absoluta). Se médicos especialistas permitem o casamento do surdo-mudo para se não agravar o seu estado de insanidade, e ele pode, de fato, manifestar quanto a isso (o que é fácil) a sua vontade, pode o juiz permitir o casamento, no que, aliás, deve ter o máximo cuidado, pois que a prova do discernimento do surdo-mudo é uma das maiores dificuldades da perícia psicológica. A regência dos bens exige maiores perfeiçoamentos educativos. Um surdo mudo pode conhecer todas as conseqüências jurídicas do casamento, por intermédio de intérprete, e ser, na realidade, inapto a decidir em matéria de venda de apólices, imóveis, transações etc. Além da hipótese acima, pode o surdo-mudo casar-se e deve o juiz restringir, quanto a esse ponto, a extensão da curatela (art. 451). se o desenvolvimento mental e a educação lhe permitem manifestar, de modo inequívoco, a sua vontade de unir-se legalmente a alguém. Tal concessão é justa, porque o surdo-mudo pode viver como casado, sem lhe ser necessária a aptidão geral para os atos da vida civil: —Mutus et surdus bene vivere potest sine comfflerciis, commissa curatori bonorum administratiOne (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus* de Executinbus, 1, 372).

8. *Casamento.* Em matéria de casamento, dois são, portanto os casos: surdo-mudo, a que se deu curatela ampla.

devido a não poder exprimir, de modo algum, a sua vontade, nem permitir o seu desenvolvimento intelectual o coqhecimento e a vontade em determinados assuntos; e surdo-mudo, a que se deixou a faculdade de exercer certos atos, inclusive o casar-se. No primeiro caso, os atos civis que o interdito pratique são nulos, porque em todos os atos deveria ser representado pelo curador. Ainda assim, o casamento não se rege pelos princípios gerais das nulidades, e s.

o casamentO do surdo-mudo que não pode exprirwir a sua vontade, tem de ser incluido no art. 183, ix (incapazes de consentir), de modo que o ato nupcial não é nulo *pleno jure,* mas apenas *anulável,* pois que o impedimento dirimente do art. 183. IX, não é absoluto, e sim relativo (art. 209), o que derroga o art. 145, 1, em que se estatui serem nulos os atos praticados por absolutamente incapazes.

9.

Capacidade nupcial. Se, na sentença de interdição, se deixa ao surdo-mudo a faculdade de casar-Se, o que é possivel atenta a sua sanidade mental e em vista do grau de desenvolvimento intelectual, é necessário o assentimento do curador? A questão merece ser discutida e as considerações devem versar sobre a interpretação do art. 183, XI, em que se diz não poderem casar os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou *curatela,* enquanto não obtiverem assentimento do pai, tutor, ou *curador.* As curatelas são seis: a do louco, a do surdo-mudo, a do pródigo, a do nasciturO, a dos ausentes e, hoje, a dos neuróticos e psicóticos. O curador a que se refere o art. 183, Xl, só pode ser: o do louco, porque o louco é incapaz de consentir e, se houve consentimento, seria anulável o casamento; o do surdo-mudo, a que se tenham proibido quaisquer atos jurídicos, devido a não poder manifestar, de modo inequívoco, o consentimento *e,* sem esse, o casamento não se poderia realizar (art. 183, IX); o do pródigo, posto que a prodigalidade permita apenas a interdição em matéria de bens, de acordo com o art. 459 (não o do nascituro, porque *non natus est);* o ausente, porque é de natureza da curatela de ausência que se restrinja ao patrimônio~ uma vez que se funda em presunção da morte do interdito; o dos neuróticos *e* psicóticos, segundo legislação foi posterior. Restam as curatelas prorrogadas, mas essas, exercidas sobre filhos nascidos, não têm o nome de curatela, e sim de tutela. Curador, no art. 183.

10.

Direito *comparado.* Do que fica exposto podemos concluir que a lei civil brasileira seguiu, nesse ponto, como em muitos outros, o Código Civil alemão, onde o assentimento para casa- luir mento é atribuição especial concernente à situação de interdito e, itos portanto, independente das atribuições taxativamente arts.critas aos ~sa- curadores. O que apenas goza de capacidade restrita, dispôs o) e, Código Civil alemão, § 1.304, só se pode casar com o assenti- aos

merito do seu representante legal. Assim, o surdo-mudo, a que é 5 O permitido o matrimônio, precisa, para casar, do assentimento do nticurador; bem como ao pródigo, embora a interdição se limite aos íe ébens, o assentimento curatelar é necessário, em virtude do art. 183, do Xl, em que se consagrou essa doutrina do Código Civil 11.

Testamento. O surdo-mudo pode fazer testamento cerrado, holografamente, isto é, quando, sabendo escrever, o escreva todo, e o assine de sua mão, bem como, ao entregá-lo ao oficial público.

Ante as cinco testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede (art. 1.642). Pergunta-se: O surdo-mudo interdito pode testar? Trata-se de questão delicada. A interdição afirma a incapacidade, não na cria, e como a interdição do surdo-mudo se funda na impossibilidade de exprimir a sua vontade, se o interdito consegue escrever o seu testamento, de acordo com a lei, tal testamento éválido, salvo se o juiz, em atenção à natureza grave da surdo-mudez e ao nenhum ou diminuto desenvolvimento mental do interdito, não fixou limites à curatela. Nesse caso, deve o surdo-mudo, ou seu curador, requerer ao juiz que determine novos limites à curatela, se o interdito se sente em situação de exprimir a sua vontade, escrevendo o testamento.

§ 1.034. Curatela dos pródigos

1.

Definição. Pródigo é a tessoa que faz despesas imoderadas, superiores às suas rendas, e de que resulte a dissipação de seu patrimônio (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 103, § 6: —Alguma pessoa que, como *pródigo,* desordenadamente gasta e destrói sua fazenda‖; isto é, o que esperdiça seus haveres —sem tempo nem fim‖: prodigus est, *qul* neque *terçus, neque finem expensarurn habet, sed bona* sua *dilapidando proJundit.* Donde se conclui que a pessoa que se aventura em empresas arriscadas não é pródigo, porque colima fim *útil* e *normal,* nem no é o que perde aos poucos, em negócios, os seus haveres, porque não se pode atribuir somente a ele, mas à ação do tempo, que, somando perdas a perdas, perfez a grande quantia. Lê-se no art. 459: —A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser

demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração.‖

Não têm razão os que desejam o seu desaparecimento nº das leis. É fato vulgar da evolução social, como da biológica, o criar-se árgão para determinado fim, e ser tido, mais tarde, com outras funções mais importantes e à dequadas às situações do momento histórico e das circunsgerais da vida. Já em Roma, nos últimos tempos, a inter?do pródigo não atendia apenas ao interesse da família civil; terou-se a prodigalidade nociva à sociedade: *expedit rei Ze* ne *quis* re sua *male utatur*. No entanto, ainda está no 1º do Código Civil: —O pródigo só incorrerá em interdição, s.

ante as cinco testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede (art. 1.642). Pergunta-se: ~O surdo-mudo interdito pode testar? Trata-se de questão delicada. A interdição afirma a incapacidade, não na cria, e como a interdição do surdo-mudo se funda na impossibilidade de exprimir a sua vontade, se o interdito consegue escrever o seu testamento, de acordo com a lei, tal testamento éválido, salvo se o juiz, em atenção à natureza grave da surdo-mudez e ao nenhum ou diminuto desenvolvimento mental do interdito, não fixou limites à curatela. Nesse caso, deve o surdo-mudo, ou seu curador, requerer ao juiz que determine novos limites à curatela, se o interdito se sente em situação de exprimir a sua vontade, escrevendo o testamento.

§ 1.034. Curatela dos pródigos

1. *Definição.* Pródigo é a pess2a que faz despesas imoderadas, superiores às suas rendas, e de que resulte a dissipação de seu patrimônio (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 103, § 6: —Alguma pessoa que, *como pródigo,* desordenadamente gasta e destrói sua fazenda‖; isto é, o que esperdiça seus haveres —sem tempo nem fim‖: *prodigus est, qui* neque *tempus, neque* finem *expensarum habet, sed bona sua dilapidando* fundit. Donde se conclui que a pessoa que se aventura em empresas arriscadas não é pródigo, porque colima fim *útil* e *normal,* nem no é o que perde aos poucos, em negócios, os seus haveres, porque não se pode atribuir somente a ele, mas à ação do tempo, que, somando perdas a perdas, perfez a grande quantia. Lê-se

no *art.* 459: —A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração.‖

Os atos juridicos do pródigo em que há de haver a assistência do curador são atos dele, sem que o curador possa chamar a si a prática de tais atos. O curador ao pródigo não o representa. Quanto aos atos que não cabem no art. 459, a capacidade do pródigo é íntegra (2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de maio de 1946, *RF*

109/157).

2.

Doentes. Deve-se apreciar a prodigalidade, para os efeitos da interdição, de forma relativa, isto é, tendo-se em conta os rendimentos da pessoa e a repetição de seus atos desperdicio unitário. Entre os pródigos estão os onemaniacos (impulso irresistivel a comprar objetos de toda a espécie), os dipsómanos (impulso a beber, uma vez que com isso dissipem o que possuem), os depravados de qualquer espécie que dilapidam a fortuna ou o patrimônio em diversões, mulheres, luxo, doações, empréstimos etc.: *ilium quotidie vidit luxuriose, uel ladendo, vel donando, vel pretiis vilibus, et ex causa non subsistente bona sua alienan tem, aut id qenus alia Jacientem (O.* A. Struve, *Compendium Digestorum,* 31, tese 90).

3.

Interdição. Destoantemente, a interdição por prodigalidade ainda tem por fim *resguardar* os direitos eventuais de certos herdeiros necessários, o que evidencia ser a curatela dos pródigos sobrevivência do comunismo familiar. A fórmula da interdição do pródigo é expressiva, conforme Paulo, *Sententiae,* 111, 4, § 7: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis,* ob *eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Não têm razão os que desejam o seu desaparecimento do corpo das leis. E fato vulgar da evolução social, como da evolução biológica, o criar-se órgão para determinado fim, e ser conservado, mais tarde, com outras funções mais importantes e mais adequadas ás situações do momento histórico e das

circunstâncias gerais da vida. Já em Roma, nos últimos tempos, a interdição do pródigo não atendia apenas ao interesse da família civil; considerou-se a prodigalidade nociva à sociedade: *expedit rei publicae me quis re sua male utatur.* No entanto, ainda está no art. 460 do Código Civil: —O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos que a promovam.‖ A expressão ‗legitimos‖ está derrogada.

4.

Síndrome. A prodigalidade é tida pela psiquiatria como síndrome degenerativa, e muitas vezes manifestação inicial de loucura. Aliás, já assim pensavam os reinícolas, mais adiantados, nesse como em outros pontos, do que muitos tratadistas recentes. Para eles, a prodigalidade era espécie de demência, ou depravação mental. Concluíam-no dos próprios atos irregulares do pródigo, atos característicos, que a manifestavam de modo inconfundível: *ex his coiligitur prodigalitatem esse depravationern mentis pronae in eflusionem propriae substantiae.*

5. *Nocividade.* O Código Civil presta-se a interpretação mais científica do que exame superficial encontraria em sua redação literal. Se os atos do insano só parecem anormais, nocivos, no que respeita aos bens, e não há outros sintomas que denunciem a perturbação mental, a lei só ..pdmite que a promovam o cônjuge, ou os ascendentes, ou os s.

descendentes. Nesse caso, citado o pródigo para justificar a sua prodigalidade (Manuel de Almeida e Sousa, Notas *de* Uso *Prático,* II, 613: —... e toda a sentença que o julga pródigo sem esta citação é *ipso iure* nula‖), procede-se àjustificação em que devem ser ouvidas testemunhas, que deponham acerca do fato e provem a dissipai~ão *(de actibus ex* quibus *infertur, quem prodigum* esse, *et dilapidatorem).* Se a prova não convence o juiz, nega esse a interdição, porque a prodigalidade não se presume: *Prodigus nemo praesumitur, sed probari debet.*

Se as provas bastam e persuadem o juiz, dá ele a sentença, interditando ao pródigo a prática de atos que se refiram a seu patrimônio *(cura rei),* salvo se forem de mera administração. E o que diz o art. 459: —A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral. atos que não sejam de mera

administração.‖ Pode o interdito exercer quaisquer outros atos sem assistência curatelar: testemunhar, testar etc. A lei civil determina explicitamente os incapazes de testar (art. 1.627) e entre eles não se acha o pródigo. Mas, se a prodigalidade, junta a outras manifestações de alienação mental, determina a interdição por loucura, o interdito é louco e, como tal, não pode testar (art. 1.627,11). Assim, se a prodigalidade é um dos sintomas da loucura, que se manifesta por outros indícios apreciáveis em exames mentais e somáticos, deve-se dar ao argúido de dissipar seus bens, não um curador para o patrimônio, mas a curatela geral dos loucos *(cura personae et rei).*

6. *Prodigalidade agravada.* A interdição por prodigalidade agravada, como se o pródigo é ao mesmo tempo desmemoriado, paranóico, demente catatônico, hipermaníaco, regula-se pelo que ficou disposto no parágrafo relativo à curatela dos loucos, inclusive no que se refere á promoção pelos parentes e pelo Ministério Público, pois que em tais casos o pródigo entra legalmente na classe dos *loucos de todo o gênero.* O que a lei civil diz é que, sendo a prodigalidade o único sintoma de degeneração, só possam promover a interdição legal o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

7.

Incapacidade relativa. A incapacidade do interdito como pródigo é relativa. Os atos por ele praticados em relação à sua pessoa são válidos; os que pratica em relação a seus bens, sem a devida assistência curatelar, são anuláveis *e* podem ser ratificados. A anulabilidade de tais atos só pode ser argúida: *a)* pelo próprio pródigo; 14 pelo cônjuge, ascendente ou descendente (art. 461, parágrafo único). A curatela do pródigo é deferida na mesma ordem em que as demais, prevalecendo as mesmas regras de *escusas* e *incapacidades, garantia, exercício* e *prestação de con* tas, que se observam em relação à tutela.

8.

Casamento. ~Precísa o pródigo, para casar, do assentimento do curador? Diríamos que não, se tivéssemos de atender apenas ao caráter exclusivamente patrimonial da curatela dos pródigos. A exigência de assentimento para o ato nupcial inclepende, todavia, das

atribuições taxativas dos curadores, pois que o art. 183, Xl, exige, indistintamente, o assentimento dos curadores. Se a exigência dependesse de atrbuição inerente à curatoria, estaria prejudicando o art. 183, Xl, porque ao louco, ao surdo-mudo que não pode exprimir a sua vontade, ao nascituro e ao ausente não élicito casar, de modo que o assentimento curatelar 50 e possivel em se tratando de casos especiais do surdo-mudo e do pródigo. casos em que, *ex hypothesi,* seria desnecessário. Assim, o assentimento curatelar para o casamento do interdito deriva da situação de interdição, *ex vi* do art. 183, Xl, e não da missão atribuida aos curadores sobre a pessoa dos curatelados. Tal é, não só a doutrina da lei brasileira, semelhante à que foi do Código Civil alemão, § 1,304, como também a melhor sugestão de técnica legislativa. exercer profissão declara explicitamente a incapacidade, ou adota regra expressa de necessário assentimento de outrem, como fizera no art. 242, VII, em relação à mulher casada.

3. *Atos do curador.* Ao curador incumbe: *a)* fornecer ao pródigo e à sua família, quando a tem, os alimentos fixados pelo juiz na proporção da necessidade e dos recursos do pródigo, os quais devem ser entregues ao próprio interdito, se não há risco de dissipação; *b)* receber os rendimentos dos bens do interdito; c) assisti-lo em juízo ou fora dele, quando se trate de atos referentes ao direito de propriedade, para os quais foi interdito o pródigo. A ação curatelar limita-se, pois, a negar ou a dar assentimento aos atos do interdito, precedendo autorização do juiz em todos os casos em que dela precisaria o tutor, pois que se aplicam à curatela as regras legais relativas às tutorias (art. 453).

§ 1.035. O que compete ao curador do pródigo

1.

Atos livres. O pródigo é livra para todos os atos que se não referem à alienação, gravame e dissipação de seus bens, ou que em tanto não possam importar. Pode, portanto, ocupar cargos públicos, ensinar, clinicar etc.

s.

2.

Demandas. O Código Civil, art. 459, proíbe ao pródigo demandar ou ser demandado sem a assistência do curador. Pergunta-se: Pode o pródigo advogar? Lafaiete Rodrigues Pereira respondia afirmativamente, de acordo com o direito anterior. Mas, em verdade, seria ridículo exigir-se a um homem, a que se deixa advogar, a assistência do curador bonitário. Para o exercício de sua profissão, o pródigo é pessoa capaz. Se o não é, o juiz não deveria ter deferido somente a curatela de prodigalidade, pois competiria aos parentes. ou, em sua falta, ao Ministério Público, promover a interdição por loucura. Porque só é *mentalmente* incapaz de exercer a profissão o que se pode incluir entre *loucos* de todo o gênero, ou *surdo-mudo* que não possa exprimir a vontade. Quando a lei quer inabilitar alguém, relativamente, para

§ 1.036, Proteção legal da pessoa dos interditos

1.

Deveres e garantias. Ao curador e ao juiz nâo competem somente os deveres e garantias com que a lei procura abroquelar os bens e interesses materiais do interdito. Os que sofrem da mente *e* os surdos-mudos precisam de cuidados especiais, tendentes, não só a integrar-lhes novamente a aptidão jurídica, como também a evitar a agravação do mal, os atos violentos que prejucliquem a eles próprios ou a terceiros; e o curador há de envidar meios que lhes dêem, na constância da insanidade, vida menos infeliz.

2.

"Loucos de todo o gênero". A respeito dos alienados, o Projeto do Código Civil era de deficiência lamentável. Além de não admitir gradações á incapacidade dos *loucos de todo o gênero,* doutrina que venceu, só mandava providenciar quanto ao internamento em estabelecimentos adequados, quando fosse inconveniente conservá-los em casa. Graças à critica de Nina Rodrigues, inter calaram-se ao artigo do Projeto as seguintes palavras: ou o exigir o seu tratamento‖. Ainda assim, não julgamos bastante, e devemos recorrer ao próprio Código Civil que, considerando aplicáveis àcuratela, *mutatis mutandis,* as regras relativas à tutela, se presta a interpretação mais ampla, mais

científica, mais racional.

3.

Função *do curador.* —Decretada a interdição‖, estatui o Código Civil, art. 453, —fica o interdito sujeito à curatela, á qual se aplica o

disposto no Capítulo antecedente, com a restrição do art. 451 *e* as modificações dos adigos seguintes‖. Ora, no Capitulo a que alude o art. 453, encontra-se a regra seguinte: —Cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor: 1 - Dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição.‖ Por força do art. 453, devemos transladar e afeiçoar à curadoria o conteúdo taxativo dessa atribuição legal de direito e de obrigação. A palavra —alimentos‖, em sentido juridico, compreende, como vimos em capítulo anterior, tudo que é necessário a sustento, habitação, roupa e tratamentq de moléstia *(valetudinis impendia).*

4.

Curadorias extensivas. Assim, compete ao curador de loucos, surdos-mudos, pródigos, ou filhos de interditos (curadorias extensivas ou prorrogáveis): *a)* se menores, dirigir-lhes a educação; *b)* em qualquer caso: defendê-los, dar-lhes c~ necessário a seu sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstias, principalmente daquelas a que é devida a incapacidade do interdito (Código Civil argentino, art. 481; Ordenações Filipinas, Livro IV. Título 103, § 1; Teixeira de Freitas, *Consolidação* das *Leis Civis,* art. 315:

—Estes curadores prestarão juramento de fielmente administrarem os bens do demente, e de aplicarem os necessários socorros médicos segundo a qualidade da sua pessoa ; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 307:

—Compete ao curador tratar da pessoa demente, promover-lhe a cura‖), conforme os seus haveres e situação. Se o interdito possui bens, tais despesas são feitas por sua conta, arbitrando o juiz, para tal fim, as quantias que lhe pareçam necessárias, atento ao rendimento da fortuna, máxime se tais despesas concernem ao tratamento da loucura, ou da surdo-mudez, ou demais formas de deficiência ou perversão das funções psíquicas. Para prover a tais gastos —

em falta de outros recursos e quando de manifesta vantagem para o interdito — pode o curador, com autorização do juiz, retirar o dinheiro existente em depósito.

5. *Responsabilidade.* Se o juiz não devia consentir, por incurável a moléstia, ou se o tratamento se podia fazer em estabelecimento público, ou mesmo particular, para cujas despesas bastariam as rendas do doente ou as quantias assinadas aos seus gastos de alimentos, é responsável o curador pelas somas indevidamente despendidas. Exemplo: se as despesas são para a cura de moléstia mental, sendo ela reconhecidamente incurável; se as quantias pagas para o tratamento, embora curável a doença, são exorbitantes *e* abusivas.

s.

6.

Juiz. A responsabilidade subsidiária do juiz, nesse e nos demais casos, regula-se pelo que se disse a respeito da tutela.

7.

Recolhimento dos loucos. Os loucos são recolhidos em estabelecimento adequado: *(a)* Sempre que pareça inconveniente conservá-los em casa. A interdição só por si não autoriza o curador a internar o interdito. —Parecer inconveniente‖ quer dizer: ser de utilidade para o enfermo ou necessário para evitar prejuízos motivados por atos dele, como, por exemplo, nas manias incendiárias, na loucura furiosa, nas perversões sexuais graves etc.

—Estabelecimento adequado‖ não são apenas os hospitais de alienados, mas as casas de saúde e, muitas vezes, simples institutos de repouso, de educação *e* terapêutica. A internação de degenerado, cujos sintomas de anormalidade, pelos quais foi interdito e não se agravaram, se limitam á irresolução, à aceitação absoluta das idéias estranhas e à anafrodisia (indiferença sexual, frigidez), salvo se O estabelecimento se incumbe do tratamento de tais doentes pacíficos, é caracteristicamente sequestração ilegal, punivel pelas leis criminais. O desmemoriado inofensivo não deve ser entregue a hospício rudimentan como soem ser os de vários Estados Federados do Brasil,

em que os únicos misteres são a clausura, a alimentação escassa, e, a espaços, a inócua visita de médicos sem a necessária competência em psicologia contemporânea e em psiquiatria, — os psico-clinicos das poções que tudo reduzem a causas anátomo-fisiológicas, às vezes rezadores, católicos ou protestantes, que ignoram a alma, a psique. *(b)* Se o exige o tratamento do doente. Assim, existindo casas de saúde especiais, ou mesmo profissionais idôneos, o curador pode entregar a um deles o interdito. Para que se dê o internamento por esse motivo, dois são os requisitos: *a)* que o estado de saúde do interdito o exija; *b)* que o estabelecimento, a que se recolhe o doente, seja adequado a seu tratamento.

Segundo o Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, há *medidas provisórias* concernentes aos psicopatas, promovidas em segredo de justiça. Já se distinguiram, no sistema jurídico, loucos (psicopatas absolutamente incapazes) e psicopatas relativamente incapazes (art. 26): —Os psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em to~na regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.‖

No parágrafo único, explicitou-se: —Supre-se a incapacidade pelo modo instituído na legislação civil ou pelas alterações constantes do presente decreto.‖ Temos, assim, os psicopatas relativamente incapazes, junto aos que completarem dezesseis anos e ainda não se tornaram capazes, os pródigos e os silvicolas, de que cogitou o Código Civil sem se referir à primeira classe, que não existia.

a) Quanto aos estabelecimentos em que se pode internar, a internação somente pode ser feita em estabelecimentos psiquíatncos (= estabelecimentos que se destinam a hospitalização de doentes mentais e as seções especiais, com o mesmo fim, de hospitais gerais, asilos de velhos, casas de educação e outros estabelecimentos de assistência social; Decreto nº 24.559, art. 4ª. O art. 49, parágrafo único, do Decreto nº 24.559 explicitou que esses estabelecimentos psiquiátricos podem ser públicos ou particulares, mas têm de satisfazer aos seguintes pressupostos: *a)* serem dirigidos por profissionais devidamente habilitados, disporem de pessoal idôneo, moral e profissionalmente, para os serviços clínicos e administrativos, e manterem plantão médico permanente; *b)* estarem convenientemente instalados em edifícios adequados, com dependências que permitam aos doentes completa separação de sexos, conveniente distribuição também de acordo com as suas reações psicopáticas *e* a possibilidade de vida *e* ocupação ao ar livre; *c)* disporem dos recursos técnicos

adequados ao tratamento conveniente aos enfermos. No art. 59, disse-se: —E

considerado profissional habilitado a dirigir estabelecimento psiquiátrico, público ou particular, quem possuir o título de professor de clínica psiquiátrica ou de docente livre desta disciplina em uma das Faculdades de Medicina da República, oficiais ou oficialmente reconhecidas, ou quem tiver, pelo menos, durante dois anos, exercido efetivamente o lugar de psiquiatra ou de assistente de serviço psiquiátrico no Brasil ou no estrangeiro, em estabelecimento psiquiátrico, público ou particular, autorizado.‖ No art. 6ª, cogitou-se da pretensão à autorização estatal: —Quem pretender fundar estabelecimento psiquiátrico deverá requerer ao ministro da Educação e Saúde Pública a necessária autorização, anexando à petição os seguintes documentos: *a)* provas de que o estabelecimento preenche as condições exigidas no parágrafo único do art. 49; *b)* declaração do número de doentes que poderá comportar; *c)* declaração de que o mesmo observará o regime aberto, ou misto, e receberá somente psicopatas ou também outros doentes, precisando, neste caso, a inteira separação dos locais reservados a uns e outros.‖ No § 1ª:

—Deferido o requerimento, se tiver merecido parecer favorável da Comissão Inspetora, recolherá o requerente aos cofres públicos a taxa anual de fiscalização estipulada pelo governo, de acordo com a alínea —b‖ deste artigo.‖ No §

2ª: —Quando a direção de um estabelecimento psiquiátrico pretender aumentar a lotação dos doentes, submeterá ao Ministro, devidamente informada pela Comissão Inspetora, e respectiva Repartição de Engenharia, a documentação comprobatória de que as novas construções permitirão o acréscimo requerido.‖ No § 3ª: —Todos os documentos e planos relativos à fundação e ampliação de qualquer estabelecimento psiquiátrico particular deverão ser sempre conservados por forma a permitir a Comissão Inspetora o respectivo exame, quando entender conveniente.‖ O art. 79

tratou dos estabelecimentos psiquiátricos públicos: —Os estabelecimentos psiquiátricos públicos dividir-se-ão, quanto s.

ao regime, em abertos, fechados e mistos.‖ O § 1ª: —O estabelecimento aberto, ou a parte aberta do estabelecimento misto destinar-se-á a receber: *a)* os psicopatas, os toxicômanos e intoxicados habituais referidos no § 52 do art. 39

que necessitarem e requererem hospitalização; b) os psicopatas, os toxicômanos e intoxicados habituais, que para tratamento, por motivo de seu comportamento ou pelo estado de abandono em que se encontrarem, necessitarem de internação e não a recusarem de modo formal; c) os indivíduos suspeitos de doença mental que ameaçarem a própria vida ou a de outrem, perturbarem a ordem ou ofenderem a moral pública e não protestarem contra sua hospitalização; *d)* os individuos que, por determinação judicial, devam ser internados para avaliação de capacidade civil.‖ O § 2ª:

—O estabelecimento fechado, ou a parte fechada do estabelecimento misto, acolherá: *a)* os toxicômanos e intoxicados habituais e os psicopatas ou indivíduos, quando não possam ser mantidos em estabelecimentos psiquiátricos, ou os que, por suas reações perigosas, não devam permanecer em serviços abertos; *b)* os toxicômanos e intoxicados habituais e os psicopatas ou indivíduos suspeitos, cuja internação for determinada por ordem judicial ou forem enviados por autoridade policial ou militar com a nota de detidos ou á disposição de autoridade judiciária.‖ O § 32:

—Nos casos de simples suspeita de afecção mental, serão devidamente observados em seções próprias, antes da internação definitiva.‖ O art. 8ª disse: —A fim de readaptar à vís social os psicopatas crônicos, tranquilos e capazes de viver no regime da família, os estabelecimentos psiquiátricos públicos poderão manter nos seus arredores serviço de assistência heterofamiliar.‖

b) Quanto à internação em si mesma, o Decreto nº 24.559 estabelece: *a)* —Sempre que, por qualquer motivo, for inconveniente a conservação do psicopata em domicílio, será o mesmo removido para estabelecimento psiquiátrico‖

(art. 92); *b)* —O psicopata ou indivíduo suspeito que atentar contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública, deverá ser recolhido a estabelecimento psiquiátrico para observação ou tratamento‖ (art. 10).

Da legitimação ativa cogitou o art. 11: —A internação de psicopatas, toxicômanos e intoxicados habituais em estabelecimentos psiquiátricos, públicos ou particulares, será feita: *a)* por ordem judicial ou a requisição de autoridade policial; *b)* a pedido do próprio paciente ou por solicitação do cônjuge, pai ou filho ou parente até o

grau inclusive, e, na sua falta, pelo curador, tutor, diretor de hospital civil ou militar, diretor ou presidente de qualquer sociedade de assistência social, leiga ou religiosa, chefe de dispensário psiquiátrico ou ainda por algum interessado, declarando a natureza das suas relações com o doente e as razões determinantes da sua solicitação.‖ —Para a internação voluntária, que somente poderá ser feita em estabelecimento aberto ou parte aberta do estabelecimento misto, o paciente apresentará por escrito o pedido ou declaração de sua aquiescência‖ (art. 11, § 1ª). —Para a internação por solicitação de outros será exigida a prova de maior idade do requerente e de ter avistado com o internado há menos de sete dias contados da data do requerimento‖ (art. 11, § 2ª). —A internação no manicômio judiciário far-se-á por ordem do juiz‖ (art. 11, § 32). —Os pacientes, cuja internação for requisitada pela autoridade policial, sem atestação médica, serão sujeitos a exame na Seção de Admissão do Serviço de Profilaxia Mental, que expedirá, então, a respectiva guia‖ (art. 11, § 42).

8. *Surdo-mudo.* Quanto ao surdo-mudo, diz o Código Civil, no art. 456: —Havendo meio de educar o surdo-mudo, o curador promover-lhe-á o ingresso em estabelecimento apropriado.‖ Da redação do texto legal tira-se: *a)* que é dever do curador providenciar em relação à educação do interdito, sempre que essa seja possível; *b)* que, para isso, promoverá o *ingresso* do surdo-mudo em estabelecimento apropriado. A palavra —ingresso‖ não equivale a

—recolhimento‖: o surdo-mudo pode educar-se como externo, interno, ou em qualquer situação de pensionista, visitante, ou educando dos institutos especiais. A lei civil não estatuiu em relaçâo à cura dos surdos-mudos, mas o curador deve promovê-la, se curável a doença. As providências, no sentido da cura do interdito, são deveres de quaisquer curadores, como vimos no começo desse parágrafo, ao aplicarmos à espécie o art. 424, relativo a tutela.

9.

Pródigos. A prodigalidade, que às leis civis, na curatela dos pródigos, só interessa como síndrome, e aos curadores, que são pessoas destinadas, não só a precaver os interesses de sucessores presumíveis (o que seria imoralissimo), mas por igual os do inter dito, deve interessar em sua natureza de sintoma. Se outras razões não houvesse para tal missão humanitária, bastaria o fato de constituir a

prodigalidade, por vezes, um dos pródromos de loucura. Assim, embora não possa o curador, contra a vontade do pródigo, interná-lo em estabelecimentos sanitários, ou coagi-lo a medicar-se, deve providenciar quanto à sua cura, até onde a sua ação não importe restrição à vontade do pródigo, quanto a ato relativo à sua pessoa.

Convém, todavia, não se confundir o pródigo interdito pelo simples fato da prodigalidade (síndrome), em que só se aprecia a diminuição gritante do instinto de propriedade, com o pródigo a que se deu a curatela dos loucos. Então, a prodigalidade é observada como sintoma: sendo tal, permite ao curador o que se lhe concede em relação ao louco, isto é, recolhê-lo em estabelecimento adequado, sempre que padecer inconveniente conservá-lo em casa, ou se o exigir o seu tratamento.

s.

§ 1.037. A quem compete promover a interdição dos loucos e dos surdos-mudos.

1.

Código *Civil, art.* 447. Lê-se no art. 447: —A interdição deve ser promovida: 1 - pelo pai, mãe, ou tutor II -

pelo cônjuge, ou algum parente próximo. III - pelo Ministério Público.‖ E no art. 448: —O Ministério Público só promoverá a interdição: 1 - no caso de loucura furiosa. II - se não existir, ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, 1 e II.‖ Está no art. 460: —O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes, ou descendentes legitimos, que a promovam.‖ Só se referem, portanto, à curatela dos loucos e dos surdos-mudos os mis. 447 e 448, bem como os que deles dependem, como o art. 449, que diz: —Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz. Nos demais casos, o Ministério Público será o defensor.‖ A referência —legítimos‖ está derrogada.

Sobre esses pontos e os demais, de natureza processual, vejam-se os

nossos *Comentários* ao Código de *Processo Civil,* arts. 1.177-1.185.

2.

Interpretação do art. 447. A interdição dos loucos e dos surdos-mudos deve, assim, ser promovida: *(a)* Pelo pai, consanguíneo ou adotivo; pela mãe, consangúínea ou adotiva; ou pelo tutor. Se o suposto de loucura já estava interdito por outro motivo (prodigalidade), ou a ele se estendia a autoridade do curador que se deu ao pai ou á mãe, a nova interdição pode ser promovida pelo curador atual. (14 Pelo cônjuge, ou algum parente próximo. A expressão

—parente próximo‖ não é técnica. Deviam evitá-la os legisladores. Não se pode perceber, legalmente, o que sejam parentes próximos. Na falta de critério seguro, não se deve entender que todos os parentes, conforme a lei civil, possam promover a interdição; a proximidade, aí, deve ser compreendida restritamente, e portanto só compete a promoção ao ascendente, ao descendente, ao irmão. Os afins, mesmo os mais próximos, não podem, em caso algum, provocar a interdição. A lei apenas se refere aos parentes. Não na pode requerer o próprio insano durante os dias de lucidez.

Baudry-Lacantinerie *(Précis de Droit Civil,* 1, 650) julga que a questão apresenta pouco interesse prático e lembra o dito pitoresco de F. Laurent: *II* ne *s'est pas encore trou'é de fou* assez sage *pour reconnaítre sa folie.* Mas E Laurent errava. A lei não atendeu ao caso de estarem separados os cônjuges. mas é de crer-se que o separado judicialmente não tenha direito de promover a interdição de seu antigo consorte. Não somente, em todo o caso, porque a lei o excluiu da curadoria, como porque seria motivo para sérios abusos, incompatíveis com o melindre e a importância de tais promoções. (e) Pelo Ministério Público, que deve intervir: *a)* No caso de loucura furiosa; isto é, anomalia p5i quíca se as manifestações da loucura são violentas, como os paroxismos convulsivos dos epilépticos, os ataques histéricos, Os estados perigosos das psicoses. das toxicoses *(delirium tren'iens,* reações violentas do cocainismo etc.), das psicoses autotóxicas, das paranóias e de quaisquer outras formas de alienação mental. O critério principal é o da provada temibilidade do insano, a julgar-se pela inconsistência dos seus movimentos, ou gravidade dos seus impulsos. A expressão —loucura furiosa‖ é imprópria; melhor seria que a lei tivesse empregado palavra que mais nitidamente significasse loucura violenta etc. *Furiosus,* possuido das Fúrias, como os *cerriti* o eram de Ceres, os *larvati,* das Larvas, e os *lymphati,* das Linfas. No direito romano,

porém, a palavra *furiosi* adquiriu significado genérico, devido, principalmente, a só deles se ter ocupado a Lei das XII Tábuas. Entre nós, ordinariamente, loucura furiosa quer dizer loucura violenta, em que o indivíduo pratica atos descomedidos, escoriações, pancadas em outros, ou em si próprio, força a prisão, rompe as roupas, se desnuda etc. Acreditamos, contudo, que os legisladores mais quiseram atender à temibilidade do insano: não à temibilidade possível, pelo agravar-se a moléstia, mas à temibilidade já evidenciada em atos, anteriores ou presentes, devidamente provad,çs. O *furor* não é estado permanente, nem podia ser; após os grandes paroxismos, o alienado tem, às vezes, períodos mais ou menos longos de moderação, de relativa lucidez, e não é raro encontrarem-se tipos aparentemente brandos, mais deprimidos do que desvairados, e que, no entanto, são perigosíssimos, frios no praticar atos de extrema perversidade (assassínio, incêndio etc.). Os delírios epilépticos podem não ser *furiosos.* Sem paroxismos alarmantes, o epiléptico, após a conwilsão, em que ele é apenas o sofredor *passivo* (abalos musculares, envesgar dos olhos, espuma a escapar-se pelos cantos da boca, expulsão da urina e fezes), cai no estupor pós-epiléptico, em ligeiro estado de desequilíbrio mental, em que pode roubar, incendiar, matar etc. No entanto, nem esse estado último, nem os períodos convulsivos, podem bastar para compor a figura da loucura *furiosa.* No momento de agitação epiléptica, o insano, de regra, só é violento para ele mesmo, e nada se descobre que o equipare ao louco *furioso,* sob pena de termos de considerar fúria os ataques convulsivos de quaisquer moléstias vulgares, que muitas vezes nem sequer têm como Consequência a alteração das faculdades mentais. Persiste, portanto, a interpretação que demos: a lei entende por loucura furiosa a loucura *temível,* e o critério a observar-se éapenas o da temibilidade devidamente provada. B) Se não existir, ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incs. I e II. Tal regra jurídica torna possível a intervenção do Ministério Público em qualquer caso de loucura, se os parentes não promovem a interdição. A deliberada perspicácia dos revisores do Projeto, que colimavam principalmente a forma, teve, por vezes, resultados risíveis. As emendas de forma, sem conhecimento de matéria, levaram, não raro, a disparates curiosos. O Projeto primitivo, s.

querendo mostrar a largueza com que autorizava o Ministério Público a intervir, dizia no art. 529: —A intervenção do Ministério Público terá lugar.‖ O Projeto revisto e adotado pela Comissão da Câmara (1902) trouxe-lhe a seguinte redação restritiva e desarrazoada (art. 455): —A intervenção do Ministério Público só se realizará.‖ Ora, a lei permitia a promoção da curadoria pelo Ministério Público em *todos* os *casos,* pois que o autorizava a requerê-la sempre que o não fizessem

(art. 448, II, 2ª parte), não existissem, ou fossem incapazes (art. 448, II, 1ª parte, e III) as pessoas que deviam promover a interdição. De modo que a redação final vale por *inelegan tia iuris,* indesculpável em revisores tão ciosos da forma, da feitura estética das leis: —O Ministério Público só poderia promover a interdição em *qualquer caso!"* Daí a crítica que fizemos ao texto de 1916, na 1a edição, e dela resultou, como de ordinário, conforme se disse no Senado Federal, a emenda oriunda da Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919. c) Se, existindo os parentes que deviam promover a interdição, são menores, ou incapazes, isto é, se são loucos, surdos-mudos que não podem exprimir a sua vontade, ou ausentes julgados tais por ato do juiz, ou silvícolas sujeitos à tutela.

3. *Ministério Público.* Em qualquer dessas hipóteses, *pode* e *deve* o Ministério Público promover a interdição. A expressão da lei, no texto primitivo —só intervirá‖ não tinha, nem podia ter valor de interpretação por ser flagrantemente contra os intuitos mesmos do legislador Tratava-se de simples emenda de forma, ociosa, contraproducente ilógica, e dizíamos em 1917 *(Direito de Família)* — —fica felizmente destruída pelo conjunto dos incisos subpostos ao art. 448 e indubitavelmente declarativos‖. A interpretação literal da proposição *só interuirá o Ministério Público,* acrescentávamos, —tem contra si o próprio sentido da lei: a restrição —só‖ abriu-se necessariamente diante dos casos de intervenção em seguida aos artigos enumerados e que são todos aqueles em que não promoverem a interdição as pessoas preferentemente incumbidas. A palavra —só‖ é, portanto, inútil, uma vez que não pode por si só dar outro sentido à disposição legal‖. Da crítica aí feita resultou a emenda do Senado Federal, convertida em lei, em 1919.

§ 1,038. Quem pode promover a interdição do pródigo

1.

Código Civil, art. 460. O Código Civil (art. 460), voltando a muitos séculos passados, em inadvertência lastimável, reinaugurou no direito brasileiro limitação retrógrada quanto à promoção de curatela dos pródigos. (Para se ver quanto há de retrógrado no art. 460, citemos as Ordenaçõe,~ Afonsinas, Livro IV, Titulo 86, § 8: *E tornando a faílar da*

curadia do prodigo, dizemos, que ante que a seus beens e á fazenda seja dado curador, primeiramente se deve a Justiça enfomar per inquiriçom, se elie indistinctamen te, e sem hordenança gasta sua fazenda, nom aproveitando seus beens, assy como os outros da terra qeeral mente *custumam fazer; e se gasta sua fazenda indiscreptamente, e como non deve. E esto deve assy fazer a Justiça, sendo requerida per sua molher, se elie casado for, ou per alguuns seus parentes, que razoadamente ajam sentimento e compaixom de seu dapno e perdiçom. E pode e deve a Justiça esto fazer de seu officio, sem requerimento d'alguma outra pessoa, sendo deilo enformada per fama geeral, que seja em essa Vilia, ou lugar, honde elie prodigo for morador).*

2.

Legitima çâo ativa. Somente podiam promover a interdição do pródigo: *a)* o seu cônjuge; *14* os ascendentes

—legítimos‖; c) os descendentes (—legítimos‖). Na expressão —legítimos‖, estavam incluidos os —legitimados‖, porque são, em tudo, equiparados aos legítimos (Código Civil, art. 352; Constituição de 1988, art. 227, § 6ª)□ Indefensável, a restrição repugnava à menos acurada reflexão jurídica. A promoção de oficio, como existia no direito brasileiro, desde séculos (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título; cf. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* 103:

—Sabendo o juiz por inquisição que alguém dissipa como pródigo sua fortuna, mandará publicar por editais e pregões, que dai em diante ninguém faça com o pródigo contrato de qualquer natureza, sob pena de nulidade‖), desapareceu: tem-se impressão de recuo ao tempo da Lei das XII Tábuas. Não somos dos que condenam, co mo o autor do Projeto primitivo, a curatela dos pródigos, mas, para admitirmos, em nossos dias, o instituto, temos de considerá-lo no interesse do pródigo e da sociedade, como se deu em Roma, posteriormente à concepção meramente familiar dos decênviros. Voltar á concepçâo da curatela do pródigo somente no interesse dos herdeiros presumíveis é não se ter a mínima noção da evolução do direito. A letra da lei civil, excluindo o Ministério Público da competência de promoção da curatela do pródigo, retirava o fundamento moderno, universal, da curatela dos dissipadores, *e* nem sequer, por amor ao sistema, instituía a interdição em benefício dos herdeiros necessários: reduzia-a a privilégio do cônjuge, dos ascendentes e descendentes legítimos! E o pródigo solteiro e filho consangilíneo? Ficaria sem a proteção da lei, que teve por fito, como se vê, favorecer a grupo de herdeiros presuntivos,

excluindo outros que são, por igual, herdeiros necessários.

Já antes se falou da solução que se há de dar: se a prodigalidade é síndrome que se possa incluir no conceito de loucura, a curatela é a de loucos; e pode bem ser que se trate de psicopatia, que permita a interdição como s.

relativamente incapaz, porém regida pelo Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, art. 26. A Constituição de 1937, art. 126, derrogara ao art. 460 a referência —legítimos‖.

3.

Pródigo louco ou psicótico. Resta-nos, porém, a curatela dos loucos e a dos neuróticos ou psicóticos, que corrigiu um pouco a inaceitável doutrina do Código Civil. A prodigalidade é sintoma; os grandes dissipadores são aqueles tipos que se dizem nas *fronteiras da loucura, e* a agravação do mal, para o que concorre o próprio desperdício (com os excessos de bebidas, de luxúria etc.), as mais das vezes faz perceptíveis os traços da paranóia (autofilia), da psicastenia, da toxicose alcoólica, da psicose oriunda de esgotamento etc. Só então — tarde, pois — permite a lei que a sociedade, por intermédio do Ministério Público, em falta dos parentes, promova a interdição!

4.

Solução. A sociologia e a psiquiatria modernas procuram dar solução, ainda que rudimentar, à situação legal dos semi-responsáveis, o que vale dizer sugerir aos legisladores e aos juizes os meios de profilaxia individual familial e social, da semiloucura. Em sistema, o Código Civil é retrógrado; mas a expressão genérica —loucos de todo o gênero‖ (art. 5ª) permite aos juizes, a que o contacto dos casos concretos inspira idéias mais práticas do que as dos legisladores, atenuar os péssimos efeitos que resultariam de estrita e absurda interpretação do art. 4160, em que se diz só incorrer o pródigo em interdição havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes, que a promovam.

Assim, se a prodigalidade não vai a ponto de prejudicar diretamente a sociedade, nem tem efeitos que tornem necessária a vigilância de

alguém, só a podiam promover o cônjuge, o ascendente e algum descendente, excluidos, portanto, os herdeiros necessários, não sêhdo excluídos, hoje, o filho por adoção, o filho reconhecido, o adotante etc.

Mas, se a prodigalidade mais se apresenta como sintoma do que como síndrome, como se, em razão da causa mórbida da prodigalidade, deve o pródigo ser incluido entre os loucos *de todo o gênero,* a interdição será promovida de acordo com o que foi dito em relação à curatela dos loucos.

O

art. 460 sofreu a derrogação que em toda a legislação operara o art. 126 da Constituição de 1937 (—Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.‖). Tal regra jurídica criou igualdade, criou direito da classe daqueles a que se refere o art. 5ª, § 2ª, da Constituição de 1988: —Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.‖ O principio é o de isonomia (Constituição de 1988, art. 5ª, *pr)* a que o art. 126 da Constituição de 1937 revelou conteúdo e diminuir-se esse conteúdo seria infringir-se o principio.

5.

Art. 456. Lê-se no art. 456: —Havendo meio de educar o surdo-mudo, o curador promover-lhe-á o ingresso em estabelecimento apropriado.‖

§ 1.039. Curador *à* lide ao argúido de incapacidade

1.

Defensor. A imputação de loucura ou de surdo-mudez traz a necessidade de defensor ao pretendido insano, uma vez que, ao menos presuntivamente, ele não pode defender-se e mostrar a improcedência

do pedido de curadoria.

2.

Histórico. Deve-se nomear defensor ao suposto incapaz, ainda mesmo que se trate de ausente ou de pródigo, pois que, sendo a prodigalidade doença, é de presumir-se, se não a necessidade, pelo menos a vantagem de defensor especial. Já Nina Rodrigues (O alienado do direito civil brasileiro, *Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados,* II, 309) dizia: —A suposta integridade mental dos pródigos e a liberdade moral de sua incontinência não eram mais do que um erro, ou antes a confissão do atraso da psiquiatria da época, que, não possuindo uma concepção segura das loucuras lúcidas, era obrigada a ter por normais estados de alienação incontestes.‖ Atraso da época, absolutamente não; erro do legislador brasileiro de 1916. A Ordenação do Livro IV, Titulo 103, dava ao juiz a atribuição de nomear de oficio curador ao pródigo, no que nada mais fazia do que atender ao direito romano: *Expedit rei publicae ne quis re sua male utatur.* Os velhos juristas portugueses sempre consideraram a prodigalidade *depravatio* mentis. Em curioso livro de 1861, ainda consultado hoje pelos psiquiatras, incluía Trélat *(La Folie lucide étudiée au point de vue de la famille et de la société,* 1861), entre vários casos de *loucura lúcida,* a dissipação. Trata-se, realmente, de semiloucura, um dos muitos casos de impulsão a atos de destruição de bens, megalomania etc. Note-s.

se, porém, que a prodigalidade vem sempre acompanhada de outro sintoma, sitiomania (impulsão a comer), a euforia (contentamento do *eu* moral ou físico) etc. Demais, a dissipação dos bens pode bem ser a manifestação aparente de incapacidade completa. Em tal hipótese, o insano é, nãô somente pródigo, como também alienado suscetível de completa interdição, e, portanto, inapto a defender-se. Pode acontecer ainda que se trate apenas de um *rude,* um *grossolano,* como diziam os nossos maiores, a que a lei não dá curadores, mas aos quais a equidade deve estender o beneficio da nomeação de defensor. Na lei processual vigente, o pedido de interdição deve ser —fundamentado‖

(Código de ProcessodCivil, art. 1.180, verbo: —na petição inicial, o interessado especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica‖). Se requerida pelo órgão do Ministério Público, nomeia o juiz curador à lide, que será nas comarcas onde houver, representante judicial de incapazes (art. 90, parágrafo único).

3. *Curador especial.* Assim, em qualquer promoção de curadoria, tem-se de destinar ao suposto incapaz pessoa idônea que formuie a defesa e impugne as provas da incapacidade. A lei não distinguiu os casos, de modo que a própria interpretação literal exige o defensor em qualquer espécie de interdição. Nos casos em que a interdição é promovida pelo Ministério Público, a nomeação éfeita pelo juiz; nos demais casos, é o Ministério Público o defensor (Código de 1973, art. 1.182, § 1ª, V parte). A existência de curador especial não exclui, porém, a defesa do pretendido incapaz, que a pode escrever; ou produzi-la oralmente, salvo se éevidente a alienação mental *e* prejudicial a ele, ou perigoso para terceiros, o seu comparecimento em juízo.

§ 1.040. Sentença de interdição

1. *Eficácia ex* tunc. A sentença de interdição, se bem que constitutiva, não cria a incapacidade do louco, ou do surdo-mudo. Daí a sua eficácia *ex tunc:* confirma a suposição de alguém, que a promoveu, e acautela os interesses de terceiros, interditando o incapaz, ao mesmo tempo que providencia sobre sua pessoa e bens. A sentença é constitutiva positiva, com eficácia declarativa, portanto *ex tunc.* A ação de interdição foi regulada no Código de Processo Civil, arts. 1.177-1.185.

Ação constitutiva positiva, cuja sentença desfavorável ao pedido será *declaratória* ou cuja sentença favorável ao pedido será, conforme acima dissemos, *constitutiva positiva.*

2.

Incapacidade e eficácia da sentença constitutiva. Preexistente à sentença interditória, a incapacidade do louco ou do surdo-mudo começa, não da decisão judicial, mas da *causa* legal por que se promoveu a curatela: loucura ou surdo-mudez. A capacidade natural de raciocinar, de querer e de manifestar normalmente as idéias e volições constitui a base da capacidade legal: desde que aquela falta, essa não pode existir.

3.

Dois períodos. A diferença única entre a época atual da interdição ocorre apenas quanto à prova da nulidade do ato praticado pelo insano ou pelo surdo-mudo: *a)* Os atos anteriores à curadoria *só* podem ser julgados nulos, provando-se que já existia, ao tempo em que foram exercitados, a causa da incapacidade. A eficácia *ex tunc* da sentença constitutiva prende-se a isso; e a confusão levou alguns a crerem em que fosse *declarativa* a sentença favorável. *b)* Os atos praticados na constância da interdição levam consigo, sem necessidade de prova, a eiva da nulidade pressuposta na interdição.

4.

Nulidades. O ato do louco, ou do surdo-mudo, é nulo se fica provada a insanidade. O ato do interdito, por isso que a prova da incapacidade *já foi feita* para o efeito da curadoria, é *per se* ato provado nulo: a interdição atesta a nulidade, sem que se tenha de apurar a efetiva insanidade do interdito. Essa prova geral, *erga omnes,* constitui um dos fins principais da interdição: apontar o doente como incapaz. A sentença que decreta a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso, o que vale dizer que a apelação não tem efeito suspensivo. E o que está no art.

452: —A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso. A decisão na ação de nulidade do ato do absolutamente incapaz, ou *incidenter,* não interdiz; nem tem força de coisa julgada na ação de interdição, que aprecia *sequência de* atos.

5.

Gradações á loucura. A lei civil não admitia gradações à loucura, de modo que, decretada a interdição de quem quer que sofresse de moléstias mentais, a curadoria seria completa: o curador representaria o interdito, e s.

quaisquer atos da vida civil praticados por esse seriam nulos. Hoje, o direito sobre interdição de neuróticos e psicóticos corrigiu isso.

6.

Casamento. Todavia o casamento, quer em relação às nulidades, quer

em relação aos princípios de suplemento de capacidade, não se rege pelas normas ordinárias relativas às nulidades e à representação. O casamento de um loudo, que deveria ser nulo, *eo ipso,* como quaisquer outros negócios jurídicos do absolutamente incapaz (art.

145,1), é apenas anulável, por força do art. 183, IX, combinado com o art. 209, o que importa derrogação ao princípio geral de que são nulos os atos praticados por pessoa absolutamente incapaz. Uma das conseqüências dessa exceção éque o casamento do incapaz de consentir, entre os quais estão os loucos, pode ser ratificado, porque o art. 211 dispõe que o incapaz pode ratificar o casamento contraído durante a incapacidade, quando ela cessa, e tal ratificação retrotrai os seus efeitos à data da celebração. Escrevíamos em 1917: —Tal exceção é a única ànatureza absoluta da incapacidade do louco, uma vez que a lei não admitiu graus de incapacidade. A teoria da lei civil, em matéria de responsabilidade e incapacidade, é a velha teoria dos *dois blocos:* ou o indivíduo é louco, ou não no é. Não há meios-termos.‖ —A humanidade‖, escrevia Grasset, arguindo o absurdo de tal critério *(Demifous et Derniresponsables,* 32),

—é dividi da em dois grupos: o grupo dos que possuem a razão e o dos que não na têm; o grupo dos que se interdizem, ou são enclausurados, e o grupo dos que interdizem ou clausuram: *ceux qu'on enferme et ceux qui enferment."* A nova legislação atendeu às nossas criticas e permitiu outros planos. Porém é preciso, ainda assim, adaptar-se o direito às exigências da nova psicologia médica.

7.

Surdos-mudos. Pronunciada a interdição do surdo-mudo, o juiz assina, segundo o desenvolvimento mental do interdito, *os limites* da curatela (art. 451). A sentença que interdite por prodigalidade o indivíduo apenas o priva de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração (art. 459).

8.

Pródigo. A incapacidade do pródigo distingue-se da incapaciriade do louco ou do surdo-mudo, pelas razões seguintes: *a)* Só depois de publicada a sentença de interdição começa a existir a incapacidade do pródigo (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* 194: —Só

depois do interdito publicado os pródigos são havídos por incapazes de obrigar-se, e são nulos seus contratos. Ao inverso, os contratos feitos por um pródigo antes do interdito são válidos, ainda que já então fosse pródigo; porquanto a sentença, que por tal o julgou, é que o faz incapaz de contratar‖). Eficácia, portanto, só *ex nunc.* Não há diferença entre a natureza da sentença de interdição por loucura ou surdo-mudez e a sentença que interdita por prodigalidade no sentido de que essa seja *Constitutiva positiva* e aquela *declarativa:* ambas são constitutivas Positivas; o que se distingue, nelas, *e* as distingue, é a eficácia, ali ex tunc, e aqui *ex nunc.* Esses assuntos foram largamente versados em nossos *Comentários ao* Código *de Processo Civil. b)* O

curador assisteo não o representa. *c)* Para todos os atos que não entendam com o direito de propriedade, tem o pródigo capacidade jurídica. Exemplo: residir onde lhe aprouver; ser testemunha; fazer testamento. O direito anterior proibia ao pródigo o fazer testamento: era violência iníqua, que o Código Civil corrigiu, pois que o art. 1.627, que enumera os incapazes de testar não incluiu o pródigo. E verdade que o inc. 111 do art. 1.627 considera incapazes os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo‖; mas é preciso advertir-se em que o Código Civil, embora, cientificamente, a prodigalidade seja de ordem psíquica, não na tem como tal, e, para evitar gradações na incapacidade do pródigo, circunscreveu a curadoria, deixando ao interdito a suficiente aptidão jurídica para exercer os demais atos. *d)* Os atos praticados pelo pródigo, quando para eles seja incapaz (alienar, emprestan demandar, hipotecar etc.), não são *nulos,* mas apenas *anuláveis.* Há anulabilidade, e não nulidade. Podem ser ratificados. Só aos interessados seria lícito pedirem a anulação deles, e a sentença que decretasse a invalidade só aproveitaria aos que a alegassem, salvo, está visto, o caso de solidariedade ou indivisibilidade; mas o art. 461, parágrafo único, contém regra especial sobre legitimação ativa nas ações de anulação: Só o mesmo pródigo e as pessoas designadas no art. 460

poderão argúir a nulidade dos atos do interdito durante a interdição.‖

§ 1.041. Curatela do nascituro

1.

Nasciturus pro iam nato habetur. Os nascituros *(nasciturus, venter*

embryo) são, em tudo o que concerne a seu interesse, equiparados aos nascidos: *Nasciturus pro iam nato habetur, si de eius* com *modo agitur.* Já assim dispunha o direito romano, tão fértil em ficções benéficas (L. 7, D., *de statu hominum,* 1, 5: *Qui* in *utero est, perinde* s.

ac si in rebus humanis esset custoditur, *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alli antequam nascatur nequaquam prosit);* e o Código Civil brasileiro estatuiu em termos explicitos (art. 4ª): —A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.‖

Assim, o feto seria *viscera matris;* mas, por ficção jurídica, já gozaria de capacidade, — provisória, unilateral,

é

certo, porque só existiria em relação aos benefícios. (Provisória, unilateral, dissemos. Verdade é, porém, que o feto, como sujeito de direito, ganha e perde. A herança passa-lhe com a saisina e o gado, que morre, como o bezerro que nasce, diminui-lhe ou aumenta-lhe os bens. A falência do devedor prejudica-o como aos outros herdeiros. O direito romano teimou em *colar* aos fatos a ficção, porque tudo fez ligado ao nascimento; mas — biologicamente — o ser humano, na sua ontogênese obscura, lá está, e o jurista, com a *fictio,* parece exercer o papel desses pintores de mau gosto que pintam, imitando pedras, as grandes pedras dos edifícios, ou, imitando madeira, os portais de madeira.) Se o nascituro tem quem, nascendo ele, exerceria o pátrio poder, não *se* pode pensar em *curatela do nascituro,* porque então, havendo titular do pátrio poder, já se tem quem vele pelo concebido. No direito brasileiro, havendo herança que possa caber ao nascituro, ou se, nascendo ele, é reputado que lhe coube, o curador, que se nomeia, não é distinto do curador do nascituro. Parecem-se com a curatela do nascituro as seguintes curatelas que podem ser pedidas, em direito brasileiro: *a)* a curatela a favor de pessoa jurídica *futura* para velar pelos direitos *futuros* que há de ter; *b)* a curatela que se há de promover para velar por bens da vida que, em virtude de incerteza da titularidade, pertencem a alguma das partes litigantes ou que vão litigar; c) a curatela do herdeiro pessoa ainda inexistente (Código Civil, art.

1.668,1), ou do fideicomissário, que ainda não existe ou que ainda se não determinou; *d)* a curatela a favor de terceiros futuros, nos casos de estipulação a favor de terceiros (futuros); *e)* o curador de fundos destinados a fins sociais (subscrições, coletas), se não há quem os

adminstre e aplique, como se não foi encomendada a estátua para que se abriu a subscrição. Veja Tomo 1, §§ 32, 50, 4, 51, 52, 2, 85, 2, e 103.

Diz o art. 462: —Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder.‖

2.

Pátrio poder. Se o nascituro já é filho concebido na constância do casamento ou se já foi adotado, ou reconhecido, o que é possível (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 26, parágrafo único), fica mais tarde sob o pátrio poder do pai, que será, em tal hipótese, desde já, o seu protetor legítimo. Na falta do pai, o pátrio poder compete à mãe, que pela mesma razão será a defensora de seus direitos. Mas, se faltar o pai e a mãe grávida não tiver o pátrio poder, não pode o nascituro ficar à mercê de azares quanto aos seus direitos e interesses. A lei, prevendo a hipótese, mandou dar-se curador ao nascituro. O Código Civil, art. 462, diz: se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder.‖ É, como se vê, mal redigido. A morte não é a única falta do pai. Pode estar vivo o genitor, e não reconhecer o filho, ou mesmo reconhecê-lo e achar-se sob curatela, ou por outro motivo impossibilitado de exercer o pátrio poder. Seria desamparar o nascituro o querer-se presumir proteção impossível.

Salvo se a lei quisesse que só o filho concebido na constância do casamento, tivesse curador, o que seria absurdo. O

erro de redação proveio do Projeto primitivo (art. 543): —Nomear-se-á um curador para velar pelos interesses do nascituro quando estes requererem cuidados, se, falecendo o marido, a mulher tiver ficado grávida, e não estiver em condições de exercer o pátrio poder.‖ A politica do Projeto, como a do Código Civil, foi prover à proteção dos nascituros, sempre que fosse preciso, e dai opormos à letra do Código Civil a sistemática do próprio Código. O feto é suscetível de direitos sem serem os de herança paterna. A doação e o legado ao feto são válidos, e seria imprudente, estand‘o a mãe interdita e não se sabendo qual o pai, deixar-se de dar curador ao nascituro, quando o Código Civil, no art. 49, diz que põe a salvo os direitos dele. Pode o pai interdito ser excluído da herança de qualquer ascendente, e está claro que, em tal espécie, é de necessidade nomear curador ao feto, que tem o direito de suceder ao ascendente, de cuja herança foi excluido o pai.

Para o direito romano, o nascituro apenas era *mulieris part ia,* ou *viscera,* e recorria-se à ficção para se lhe atribuirem *certos direitos.* No direito germânico, tudo se passou diferentemente: eram tidos na mesma situação, assim no direito sálico, como no direito ripuário e no franco, o *infans* in *utero matris* e o *infansante quod nomen habet,* marcando-se os óbitos com a mesma indicação.

A construção do *nascitura,* no direito de hoje, não é fácil. Porque o direito está saturado de romanismos que se chocam com a concepção germânica. O homenzinho futuro não deixou de ser a parte do ventre materno, como acentuavam Romanos, gente que sempre prefere o passado, a arquitetura clássica; e ainda não saiu à vida, já sendo se humano, como frisaram Germânicos, a gente da arquitetura gótica *e* do cálculo infinitesimal, de olhos fitos no futuro.

O mal psicológico reflete-se, também, na concepção da *hereditas iacens.* Há mais de uma dúzia de séculos vem o homem procurando sair dessas rudes prisões romanas e no seu esforço, para superar a concepção antiga, chegou á própria proteção do *nondum conceptus.* Seja como for, ainda se concebe a personalidade (titularidade de direitos) como exceção a princípio, que seria o princípio romano de só os nascidos serem titulares de direitos. Não importa se s.

o direito vem de sucessão a causa de morte, ou se de contrato a favor de terceiro, ou se se trata de ação de alimentos.

Mas é indiscutível, hoje em dia, que já se trata de cura *personae et rei:* non solum patrimonium, sed et corpus (assim, A. Fuchs, *Das deu tsche Vormundschaftsrecht,* 462; H. Schultetus, *Handbuch des Varmundschaftsrecht,* 225). Se a criança não nasce com vida, a curatela fica *sem objeto;* e nenhuma ação tem o curador por despesas e retribuição (O.

Warneyer, *Kommentar,* li, 982). Porém é possivel que o curador nomeado tenha ação de dolo, ou de abuso do direito, contra o que de má-fé, ou em exercício irregular de direito, suscitou a nomeação. O curador não tem qualquer legitimação para afirmar e provar *contra* o feto. Se, por exemplo, nega que seja legitimamente concebido, é como se nada houvesse dito ou pensado. O que lhe é dado é favorecer; não, desfavorecer. Mas pode reconhecer não ter certo direito.

3.

Mãe interdita. Se a mulher está interdita, o seu curador sê-lo-á também do nascituro, e essa extensão de curadoria se opera *expotestate legis.* Está no art. 462, parágrafo único: —Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (art. 458). ‖ Salvo colisão de interesses.

4. *Legitimação ativa.* Se a mãe não está interdita, a curatela épromovida: *a)* pelo curador do pai, se esse for interdito; *b)* pela mãe; *e)* por qualquer parente próximo; *d)* pelo Ministério Público: se não existe, ou não promove a curatela alguma das pessoas acima indicadas, ou se, existindo, são menores ou incapazes; *e)* pelas pessoas que tenham interesse legitimo. Exemplo: os herdeiros do pai do nascituro.

5.

Fins *da curadoria.* Dois são os fins da curadoria ao ventre: 1) velar pelos interesses do nascituro; 2) impedir, em favor do feto e de terceiros, a suposição, a substituição e a supressão do parto.

A *suppositia partus* consiste em fazer-se crer que o filho nasceu e, por essa fraude, apresentar alguém o recém-nascido como filho, ou filho de outrem, e recolher a herança do marido, ou de algum ascendente desse, erff cuja sucessão o feto represente o pai, uma vez que o feto pode representar (Código Civil, art. 4ª: a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro , combinado com o art. 1.620: —Foetus ius representationis habet‖, Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 1, 183). A *substituição* de uma criança por outra po5le ter por fim, colocando-se em lugar de feto morto o recém-nascido vivo, recolher em nome do morto, o herdeiro necessário, testamentário, ou simpIes donatário, herança, legado, ou doação. A *supressão* do parto pelo aborto provocado, ou pelo enjeitamento ou ocultação do filho, tem por fim impedir que a criança receba a legitima, quando o pai morto instituiu a mulher herdeira universal, ou em quaisquer situações semelhantes, ou que receba herança testamentária ou legado.

6.

Tutela e curatela. Uma das diferenças entre a tutela e a curatela é que

essa pode limitar-se aos bens *(cura rei),* ao passo que a tutela é dada principalmente *(cura personae)* para vigiar a pessoa do pupilo. Assim, não sendo o nascituro ente eficiente de atos na vida social, e sim parte das vísceras maternas, a lei criou para ele curadoria e não tutoria: *Foetui, qui in ventre est, curator datur,* non *tutor* (Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 1, 178 e 550). De modo que, nascida a criança, cessa a curatela, e se lhe dá, não mais *curador,* e sim *tutor,* testamentário, legítimo ou dativo, conforme tenha, ou não, deixado o pai ou a mãe tutor nomeado, ou o juiz, na falta, defira a tutela a algum parente ou estranho: *Nato eo, finit curatoris, et intrat tutoris officium.*

Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva, ou a quem, em virtude de responsabilidade (Código Civil, arts. 1.537,11 e 49), os tenha de prestar. Se é certo que ainda não gasta em comida, roupa e educação, precisa o embrião de cuidados que têm o seu preço.

7. *Capacidade especial.* O nascituro tem, pelo Código Civil, a capacidade especial: foi-se além do direito romano.

Trata-se como se fora já nascido. Não há direitos sem sujeito, que o curador exerça; o curador representa o titular de tais direitos, que é o nascituro. Era o que Josef Kohler denominava —pessoa jurídica construtiva‖ ou —tácita‖.

Acrescente-se que toda aquisição e todos os atos, em geral, são condicionados *de iure* ao nascimento com vida. Não se trata de condição, no sentido do art. 114; mas de condicio *iuris,* elemento integrante da categoria jurídica (Andreas von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* 1, 381). Sobre o problema dessa construção jurídica, já nosso *Tratado dos Testamentos,* IV, 24-31. Para o direito civil e os outros ramos, porém não para o direito penal, o que nasceu morto *nunca existiu.* Vale a promessa ao nascituro, se nascer vivo; valem a adoção, o reconhecimento, a venda e compra, a troca, a doação etc. Se, fiduciário, nasce com vida, espera-se que se chegue ao dia para a entrega ao fideicomissário; s.

se nasce morto, não; ou outro fiduciário, ou o fideicomis sário recebe, desde logo, ou conforme a cláusula. Incide o art. 1.738 se, sendo fideicomissário, nasce sem vida. Sobre a construção jurídica da proteção ao nascituro, Tomo 1, §§

32, 1, 50, 4, 51, 52 e 85, 3.

§ 1.042. A quem se deferem as curadorias

1. *As regras gerais.* As curadorias são deferidas pelo juiz, depois de provas suficientes para produzir a certeza da incapacidade das pessoas cuja interdição foi promovida. A fim de decidir, com exatidão, deve o juiz ouvir profissionais, procedendo-se aos exames médicos, aos interrogatórios, á inquirição de testemunhas etc. Em se tratando de loucos ou de doentes dos nervos ou da mente, depois de verificar a necessidade social e a conveniência para o próprio insano, decreta a sua interdição. O mesmo cuidado, ouvindo profissionais, deve ter o juiz quando se trate de surdos-mudos ou de pródigos, máxime atendendo-se a que a lei cometeu a ele fixar os limites da curatela dos surdos-mudos e a que a prodigalidade pode ser síndrome só por si (curatela dos pródigos), ou sintoma de loucura caracterizada (curatela dos loucos, ou dos neuróticos e outros doentes).

Estatuem o art. 454 e seus parágrafos: —O cônjuge, não separado judicialmente, é, de direito, curador do outro, quando interdito (art. 455).‖ § 1ª: —Na falta do cônjuge, é curador legítimo o pai; na falta deste, a mãe; *e,* na desta, o descendente maior. § 2ª: —Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos, *e,* dentre os do mesmo grau, os varões às mulheres.‖ § 3ª: —Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.‘

2. *Cônjuge.* Decretada a interdição, a curatela é deferida ao cônjuge do insano, se não está separado judicialmente. Se o casamento é inexistente, não é dada a curatela ao consorte, e o juiz, para esse fim, diz *de ofício* da inexistência da união. Se é nulo o matrimônio, deve o Ministério Público, ou qualquer interessado, pedir, previamente, em ação própria, a decretação da nulidade, e. enquanto não há sentença passada em julgado, tem o cônjuge direito à curadoria.

Também se o casamento é anulável, a curadoria cabe ao cônjuge até que, promovida pelas pessoas competentes, seja decretada a anulação. Assim não se lhe dá a curadoria: *a)* se foi tido por nulo ou anulado o casamento; *b)* se já se achavam separados judicialmente; *c)* se o juiz

concedeu a separação de corpos, por se ter de mover ação de separação judicial, nulidade ou anulação de casamento. Se já foi requerida a separação e está pendente a decisão judicial, é de bom alvitre aguardá-la; pois que a 1ª recomenda a possível brevidade no conceder-se ou negar-se a separação de corpos e é desproveitoso ter-se de remover em poucos dias o curador do insano. Aqui, a jurisprudência tem procurado, na falta de separação judicial ou de pedido dela, assentar a investigação da situação moral dos cônjuges.

Assim, a 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal entendeu que, se a mulher já vivia afastada do marido, ainda que sem decretação judicial de separação de corpos, não podia ser nomeada curadora do marido (14 de dezembro de 1924, RD 72/605): —A pretensão da agravante, mulher do interdito, na curatela, não se justifica, reconhecendo ela que há muitos anos vivia separada do marido, de modo que a seu respeito não milita a presunção de zelo e afeição, que concorreu para que o legislador declarasse o direito do cônjuge a servir como curador do cônjuge interdito, de preferência a qualquer outra pessoa.‖ Ora, o Código Civil não permite isso. Qualquer exclusão tem de invocar o art. 413.

3. *Na falta de cônjuge.* Na falta do cônjuge, é curador legítimo o pai, consanguíneo ou adotivo; na falta desse, a mãe, consangiitínea ou adotiva; e, na falta dessa, o descendente maior. Os pais adotivos preferem aos pais consangúíneos, se o incapaz se acha sob o pátrio poder. Na falta dos parentes anteriores, a curadoria deve ser deferida a um do s descendentes, preferindo-se os mais próximos aos mais remotos e, dentre os do mesmo grau, os varões às mulheres.

Se existem filhos, adotivo *e* consangúíneo, superveniente à adoção, qualquer filho consangúineo precedia ao adotivo.

Na falta das pessoas acima mencionadas, a curatela é *dativa,* isto é, ao juiz compete a escolha do curador, que deve recair em pessoa idônea e residente no domicílio do incapaz.

Estatui o art. 458: —A autoridade do curador estende-se àpessoa e bens dos filhos do curatelado, nascidos ou nascituros (art. 462, parágrafo único).‖

Essa noção de extensão ou prorrogação tem por fito, apenas, a *unidade* da proteção.

s.

§ 1.043. Incapazes de exercer a curatela

1.

Incapacidade geral e especial. Não podem ser curadores *e* serão exonerados da curadoria, caso a exerçam: *a)* Os que não tenham a livre administração de seus bens. *b)* Os que, no momento de lhes ser deferida a curatela, se achem constituídos em obrigação para com o interdito, ou tenham de fazer valer direitos contra esse; e aqueles cujos pais, filhos, ou cônjuges tenham demanda com o interdito. Assim, não pode ser curador do mandante o mandatário que ainda não prestou contas (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 22 de setembro e 17 de outubro de 1919), ou se, tendo-as prestado, não foi julgado o recurso interposto, ou, se foi julgado, ainda não passou em julgado a decisão sobre ele. *c)* Os inimigls do interdito. *d)* Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena. *e)* As pessoas de mau procedimento, ou falhas de probidade, e as culpadas de abuso em tutorias ou curadorias anteriores, Os que exercem função pública incompatível com a boa administração da curadoria.

Não se pode excluir da curadoria do marido a mulher menor de vinte e um anos; porque, ao casar-se, sendo em idade nupcial, se torna capaz. A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de novembro de 1945 *(RT*

160/187), entendeu que esse argumento de idade havia de pesar, mas o absurdo ressalta. Por outro lado, é preciso repelir-se que, nas espécies do art. 454, §§ 1ª e 2ª, tenha o juiz arbitrio. Não no tem (sem razão, a Câmara, a 30 de novembro de 1938, 118/167); tem-no, apenas, na espécie do art. 454, § 3ª, em que, aliás, a nomeação pelo juiz pode ser examinada na via recursal. Se o indicado legalmente não é, por lei, dispensado da garantia à curatela (art. 455, §§

e pode o juiz negar-se à nomeação de pessoa que caiba no art. 454§§ 1ª e 3ª; mas isso só se dá por falta — prevista —

de pressuposto à investidura da curatela. Por outro lado, não pode o

juiz apreciar, no processo de interdição, se o casamento é nulo ou anulável; seria prejulgamento, sem observância do art. 222, que estabelece a cognição em rito ordinário a quaisquer ações de invalidade do casamento (errado, o acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de março de 1952, 200/419).

2. *Curatelas.* Não há limitação ao número de curatelas de que se incumbe a pessoa (3e Câmaxa da Corte de Apelação de São Paulo, 29 de novembro de 1935, *RT* 108/210). Não há indicação legal de irmãos para curador; a nomeação seria dativa (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São paulo, 4 de setembro de 1949, 183/305; 3ª Câmara, 3 de dezembro de 1951, 198/328).

§ 1.044. Escusa dos curadores

1. *Casos.* Podem escusar-se da curadoria (Código Civil, arts. 414 e 453): *a)* as mulheres; 14 cs maiores de sessenta anos; *c)* os que tenham em seu poder mais de cinco filhos; *d)* os impossibilitados por enfermidade; e) os que habitem longe do lugar onde se há de exercer a curatela; os que já exercem curatela ou tutela; *g)* os militares em serviço.

2. *Aceitação.* Quem não e parente do interdito não pode ser obrigado a aceitar a curatela, se há no lugar parente idôneo, consanguíneo, ou afim, com os requisitos para exercê-la. Apresenta-se a escusa nos cinco dias subsequentes à intimação do nomeado, sob pena de se entender renunciado o direito de alegá-la. Se o motivo escusatório ocorrci depois de aceita a curatela, contam-se os cinco dias do em que ele sobreveio. Se o juiz não admite a escusa, exerce o nomeado a curatela, enquanto o recurso interposto não tem provimento e responde desde logo pelas perdas e danos, que o interdito venha a sofrer.

§ 1.043. Garantia da curatela

1. *Hipoteca legal.* O curador, antes de assumir a curatela, éobrigado a especializar, em hipoteca legal, que será registrada (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 2)), os imóveis necessários para acautelar, sob a sua administração, os bens do interdito (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de agosto de 1928, *RT* 71/60). Se todos os imóveis de sua propriedade não valem o patrimônio do curatelado, reforça o curador a hipoteca, mediante caução real ou fidejussória; salvo se, para tal, não tem meios, ou é de reconhecida idoneidade (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de setembro de 1907, *SPJ* 15/77).

s.

2. *Bens do interdito.* Quanto aos bens dos interditos e à prestação de contas da curatela, observam-se as regras relativas aos bens dos órfãos e à prestação de contas da tutela (art. 453).

3. *Cônjuge curador.* Quando o curador é o cônjuge, não é obrigado a apresentar os balanços anuais, nem a fazer inventário, se o regime do casamento é o da comunhão universal. O Código Civil, art. 455, diz apenas —se o regime for o da comunhão‖~ mas está claro que se refere à comunhão universal. Se outro é o regime, o cônjuge *só* não é obrigado a tais formalidades se os bens do incapaz se acham descritos em instrumento público (art. 455).

4. *Juiz.* O juiz responde subsidiariamente pelos prejuizos que sofra o interdito, em razão de insolvência do curador: *a)* se não exigiu, como devera, a garantia legal; *b)* se o não removeu, tanto que se tornou suspeito (art. 420, 1 e II). A responsabilidade do juiz épessoal e direta: *a)* quando não nomeou curador, tendo sido promovida a curatela por pessoa competente; b) quando a nomeação não foi oportuna (art. 421, 1 e II). Exemplos: se o juiz demorou, dolosa ou culposamente, em dá-la; se a deferiu quando não devera, por não haver provas de incapacidade.

Existia no direito romano ação especial para a prestação de contas dos curadores, a *acho negotiorum gestorura* directa, e outra mais, que podia ser usada pelos curadores para cobrarem aos curatelados o que esses lhes devessem: a *actio negotiorurn gestorum contraria.* Tais ações não

competiam somente em caso de interdição de *furiosi,* mas, por igual, em se tratando de pródigos, nascituros etc. Como se lê em Ulpiano (L. 1, § 2, D., *de* contraria *tutelae* et *utili* actione, 27, 4): ... si curator sit *vel pupilli vel adulescentis vel* furiosi *vel* prodigi, *dicendum* est etiam lis *contrariurn dandum, idena in curatore quoque ventris probandum* est. Tais ações de curatela — direta e *contrária* —ainda se conservam no direito brasileiro, qualquer que seja a curadoria, inclusive a especial para os bens deixados ao menor sujeito a pátrio poder, tutela ou curatela de outra especie.

§ 1.046. Exercício das curadorias quanto aos bens

1. *Estranhos quando curadores.* Os estranhos, quando curadores, ficam sujeitos a todas as regras de direito referentes aos tutores, quer relativamente aos bens dos interditos, à prestação de contas, quer quanto ao alcance, responsabilidade etc.

2. *Pais.* Os pais, quando curadores, quer se trate de pais consangúineos, quer de adotivos, ficam arts.tritos às mesmas normas de garantia da curatela e às mesmas obrigações, exceto a exigência da apresentação anual do balanço da sua administração (art. 455, § 3ª: —Se for o pai, ou mãe, não terá aplicação o disposto no art. 435‖), o que não os exime de prestar contas de dois em dois anos, bem assim quando, por qualquer motivo, deixem o exercicio da curatela, ou toda vez que o juiz haja por conveniente.

3. Menores. A curatela do menor confunde-se, quando exercida pelo pai ou pela mãe, com o pátrio poder. O direito anterior não submetia o menor interdito à curatela, e sim à tutela; mas o Código Civil supõe a interdição de menores, não somente nas curadorias *extensivas,* como também nos casos de loucura e surdo-mudez. E, naturalmente, jque seria a tutela que tivesse por obrigação recolher o menor em hospício, institutos de educação de surdos-mudos etc.?

Não é esse, todavia, o só argumento. Ao tutor apenas se dá o direito de assistir o menor, nos atos da vida civil, após os dezesseis anos, suprindo-lhe o consentimento. Se for interdito o menor e portanto, no caso de loucura, *absolutamente* incapaz? Está visto que compete ao

tutor *representá-lo;* porém já se não trata mais de tutela, e sim de curatela.

4.

Cônjuge. O próprio cônjuge, a que se deferiu a curatela, apenas não é obrigado a apresentar balanços anuais e a fazer inventário, se o regime é o da comunhão universal, ou se os bens do incapaz se acham descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime da sociedade conjugal. Todas as demais regras inerentes ao exercício da tutela e aplicáveis às curadorias, em virtude do art. 453, devem ser atendidas em relação a quaisquer curadores.

Por exemplo: todos os curadores, ainda mesmo os cônjuges e os pais, prestam contas ~e dois em dois anos, bem como ao terminar a curadoria, ou quando o exija o juiz; nos casos de morte, ausência, ou interdição do curador, as contas são prestadas por seus herdeiros, ou representantes; são levadas a crédito do curador todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao interdito, salvo se o curador é o côr4uge, ou algum dos pais, durante a s.

menoridade do curatelado. Se os cônjuges são casados pelo regime da separação de bens, devendo a mulher contribuir com determinada quantia ou determinadas rendas proporcionais para as despesas do casal, a interdição não extingue a obrigação, como também o marido interdito tem de prover, com os frutos de seus bens, à mantença da família.

§ 1.047. Atos do marido quando curador

1. *Código Ciuil, art. 455.* Estatui-se no art. 455: —Quando o curador for o cônjuge, não será obrigado a apresentar os balanços ônus, nem a fazer inventário, se o regime do casamento for o comunhão, ou se os bens do incapaz se acharem descritos em Isnanento público, qualquer que seja o regime do casamento.‖ 1ª: —Se o curador for o marido, observar-se-á o disposto art. 233 e 239.‖

Código Civil supõe a interdição de menores, não somente nas

curadorias *extensivas,* como também nos casos de loucura e surdo-mudez. E, naturalmente, jque seria a tutela que tivesse por obrigação recolher o menor em hospício, institutos de educação de surdos-mudos etc.? Não é esse, todavia, o só argumento. Ao tutor apenas se dá o direito de assistir o menor, nos atos da vida civil, após os dezesseis anos, suprindo-lhe o consentimento. ~Se for interdito o menor *e* portanto, no caso de loucura, *absolutamente* incapaz? Está visto que compete ao tutor *representá-lo;* porém já se não trata mais de tutela, e sim de curatela.

4. *Cônjuge.* O próprio cônjuge, a que se deferiu a curatela, apenas não é obrigado a apresentar balanços anuais e a fazer invervtário, se o regime é o da comunhão universal, ou se os bens do incapaz se acham descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime da sociedade conjugal. Todas as demais regras inerentes ao exercício da tutela e aplicáveis às curadorias, em virtude do art. 453, devem ser atendidas em relação a quaisquer curadores.

Por exemplo: todos os curadores, ainda mesmo os cônjuges e os pais, prestam contas de dois em dois anos, bem como ao terminar a curadoria, ou quando o exija o juiz; nos casos de morte, ausência, ou interdição do curador, as contas são prestadas por seus herdeiros, ou representantes; são levadas a crédito do curador todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao interdito, salvo se o curador é o cônjuge, ou algum dos pais, durante a menoridade do curatelado. Se osticônjuges são casados pelo regime da separação de bens, devendo a mulher contribuir com determinada quantia ou determinadas rendas proporcionais para as despesas do casal, a interdição não extingue a obrigação, como também o marido interdito tem de prover, com os frutos de seus bens, á mantença da família.

§ 1.047. Atos do marido quando curador

1.

Código Civil, art. 455. Estatui-se no art. 455: —Quando o curador for o cônjuge, não será obrigado a apresentar os balanços anuais, nem a fazer inventário, se o regime do casamento for o da comunhão, ou se os bens do incapaz se acharem descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime do casamento.‖ E no § 1ª: *“Se* o curador

for o marido, observar-se-á o disposto nos arts. 233 *e* 239.‖

2. *Marido curador.* Interdita a mulher e deferida a curadoria ao marido, continua esse a exercer os direitos que lhe competiam como chefe da sociedade conjugal. Terá, porém, de munir-se de suprimento judicial da outorga uxória, por estar a mulher impossibilitada de dá-Ia, sempre que precise: a) alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os seus bens imóveis, ou os seus direitos reais sobre imóveis alheios; *b)* pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; *c)* prestar fiança; *d)* fazer doação, não sendo remuneratória, ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

O suprimento judicial da outorga autoriza aos atos do marido, mas não obriga os bens próprios da mulher. A anulação dos atos do marido, praticados sem o necessário suprimento, só pode ser demandada: *a)* pela mulher, se cessou a interdição, ou por seu novo curador, se ainda está interdita, até quatro anos após a dissolução da sociedade conjugal; *b)* por seus herdeiros, quando a mulher falece sem ter proposto a anulação dos atos do marido e as reivindicações devidas, dentro em quatro anos após a data do falecimento. Quanto a bens comuns, é preciso autorização judicial, e não suprimento, razão por que a falta é causa de nulidade.

Tratando-se de alienação dos bens comuns, a autorização do juiz não é por tê-la negado a mulher; mas sim por faltar, s.

por incapacidade, a mulher. De modo que a falta da autorização não é causa de anulabilidade, mas de nulidade: a mulher não foi figurante. A ação que se tem de propor é a de nulidade, portanto ação constitutiva negativa.

(Se o marido aliena bem imóvel comum, ou da mulher, sem ser sob curatela a mulher, o ato de alienação não é anulável, nem nulo, — é *ineficaz.* A ação a propor-se é a declaratória negativa.) 3.

Bens particulares. Quanto aos bens paíticulares da mulher, que, na qualidade de curador, são administrados pelo marido, compete a esse, mediante autorização judicial: *a)* fazer as despesas necessárias com a conservação *e* o melhoramento; *b)* promover, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz; c) vender em praça os móveis, cuja

conservaçao nao convenha, e os imóveis, quando haja manifesta vantagem; *d)* propor em juízo as ações e promover as diligências a bem da interdita, assim como defendê-la nos pleitos contra ela movidos, sempre que tais ações se refiram aos bens particulares; *e)* transigir A falta de autorização judicial para a alienação de bens imóveis pertencentes à mulher écausa de nulidade, e não de anulabilidade, porque não regem tal espécie os arts. 233 e 239.

Tratando-se de bens comuns, o ato escapa aos arts. 233 e 239 porque a mulher teria de ser outorgante, e não assentinte.

4.

Autorização judicial. Também precisa o marido de autorização judicial: *(a)* quando tenha de receber quantia~

devidas à mulher *e* que se não devem comunicar; *(b~)* quando tenha de pagar dividas particulares dela; *(c)* para aceitar por ela heranças, legados, ou doações, com ou sem encargo: *a) se* o regime é o da separação de bens; li) em qualquer dos regimes, se tais bens, herdados, deixados ou doados, tenham de ser incomunicáveis, por vontade do decujo ou do doador, por disposição dos pactos antenupciais, ou pela natureza do regime adotado.

5.

Poderes. Compete ao marido livremente: *a)* receber as rendas e pensões da mulher; *b)* administrar-lhe os lens; *c)* representá-la nos atos da vida civil; *d)* praticar os atos inerentes à chefia da sociedade conjugal.

Ainda com autorização judicial, não pode o marido curador, sob pena de nulidade: *a)* adquirir por si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública bens móveis, ou de raiz, pertencentes à mulher; *b)* dispor a título gratuito dos bens próprios da mulher; e) constituir-se cessionário de crédito, ou direito, contra a mulher.

Nem o marido curador da mulher, nem a mulher curadora do marido precisa de hasta pública para a alienação de bens comuns e do cônjuge interdito. Basta ler-se o art. 251, que se refere àmulher curadora do marido (art. 251, III, mas *a Jortiori* se há de argumentar com ele para se interpretar o art. 455, § 1ª ci. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 26

de abril de 1943, *RE* 100/56; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de setembro e 2 de dezembro de 1942, 142/145 *e* 144/158; 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 11 de abril de 1947, *Ai* 82/203).

Aliter, quanto aos ascendentes e descendentes, inclusive o pai do interdito maior (arts.. 453 e 429; 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 23 de abril de 1940, *RT* 135/254; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de dezembro de 1942, 144/158). A própria troca, se não se trata de curador cônjuge, há de ser em hasta pública (45

Câmara, 29 de novembro de 1939, 125/618, e 23 de agosto de 1941, 135/158).

Se o cônjuge exerce a curatela, pode ser destituído, se há aplicação do art. 445 (art. 453; 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de agosto de 1939, *RF* 83/272). A destituição não altera o regime de bens; nem tira ao cônjuge a chefia da sociedade conjugal. Apenas há alguém, se a interdição foi por incapacidade absoluta, que tem de representar o cônjuge interdito em todos os atos em que se precisaria do seu consentimento *(e.g.,* alienação de bens imóveis comuns e móveis comuns), acompanhado da autorização judicial do art. 427, *pr.* e VI, que se distingue da autorização-suprimento, espécie de outorga uxória, do art. 237, *verbis* —quando esta a denegue sem motivo justo‖. Se o curador não consente, tem o cônjuge destituído de pedir o suprimento, que aí vem ligado à autorização do art. 427, *pr.* e VI, porém pode ser em separado. Se o cônjuge destituído é a mulher, o curador tem de consentir na alienação dos bens imóveis comuns *e* na alienação dos bens móveis comuns. Quanto aos bens particulares do cônjuge interdito, passam a ser alienados pelo curador, com a autorização judicial do art. 427, *pr. e* VI, porém não se dispensa o assentimento do cônjuge destituído. Os bens padiculares do cônjuge destituído podem ser alienados como poderiam ser se não houvesse curatela, mas o juiz tem de suprir o assentimento do cônjuge interdito, conforme a regra jurídica doa art. 237, *verbis* —ou lhe seja impossível dá-la‖.

§ 1.048. Atos da mulher quando curadora

1.

Marido interdito. Estando o marido interdito, ainda que não seja curadora a mulher, compete-lhe: *a)* administrar os bens comuns; *b)* dispor dos padiculares e alienar os móveis comuns; c) alienar os imóveis comuns, s.

mediante autorização especial do juiz. Lê-se no art. 455, § 2ª: —Se for a mulher a curadora, observar-se-á o disposto no art. 251, parágrafo único.‖ Se a mulher do interdito aliena imóveis do casal sem autorização especial do juiz, é nulo o ato, e não anulável, porque a autorização, na espécie do art. 251, IV, é ato judicial primário e não de suprimento da vontade do marido.

(Se a mulher chefia a sociedade conjugal, sem que haja interdição do marido, e aliena bens imóveis comuns, a alienação é *ineficaz,* e não *nula.* A ação adequada é a declaratória negativa.) 2. *Poderes da mulher.* Se a mulher é curadora do marido pode, além do que acima lhe compete: *a)* administrar os bens particulares do marido; b) alienar os móveis padiculál-es do marido; *c)* alienar os imóveis próprios do marido, mediante autorização especial do juiz. Se a mulher, sem autorização especial do juiz, aliena os imó veis pertencentes ao marido interdito, o ato é nulo e a ação para propor a nulidade não prescreve em dois anos após a dissolução da sociedade conjugal, porque não se trata, ai, de ato da mulher casada, para o qual seria necessário suprimento, mas de ato ilegal da curadora.

3. *Atos nulos.* Os atos da mulher, que alienou imóvel comum sem a devida permissão judicial, não podem ser revalidados. São atos nulos. (Se a mulher fosse chefe da sociedade conjugal, sem ser por interdição do marido, tais atos seriam ineficazes, e pois suscetíveis de eficacização se o marido, convalescendo, ratificasse a gestão de negócios alheios. Cumpre atender à diferença, que é essencial.)

4.

Demandas. Para estar em juízo, não precisa a mulher de autorização do juiz, salvo se incidem as regras jurídicas do Código de Processo Civil, art. 10, como se a ação versa sobre imóveis comuns ou próprios do marido. As opíniões sobre esse ponto eram várias, mas o intuito do

Código Civil foi o de ampliar a esfera de ação da mulher casada na vida civil. Como já entre nós, na vigência das velhas leis (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 80), se admitia à curadora do marido *o* estar em juízo, negar-lho hoje seria discrepar do espírito da nova legislação, que, —procurando atender às justas aspirações femininas e querendo fazer do casamento sociedade igualitária‖, deu

—maior liberdade de ação àmulher casada do que o direito‖ que atê então vigorava entre nós.

Assim, Clovis Bevilacqua *(Trabalhos do Comissão Especial,* 27), em observações para esclarecimentos do Código Civil brasileiro. O mesmo dizia o relator geral (Comissão revisora de 1902): —É uma das notas salientes do projeto elevar a condição civil da mulher para igualá-la à do homem‖ *(Trabalhos,* VIII, 40). Finalmente, o Código Civil havia excluído da proibição de litigar em juízo cível ou comercial os casos em que a mulher pudesse praticar, só por si, atos de caráter jurídico e na hipótese de chefiar a sociedade conjugal (arts.. 242, VI, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, 248 *e* 251).

5.

Autorização judicial. A exigência da autorização judicial, quando a mulher curadora tem de pleitear, como autora ou ré, acerca dos bens imóveis pertencentes ao casa1, ou ao marido, é apenas regra jurídica simétrica às dos art 455, § 1ª, e 235,1, do Código Civil, que exigem ao marido, ainda quando curador da mulher, o suprimento judicial da outorga uxória, sempre que litigue acerca de imóveis comuns, ou tenha de propor em juízo, na qualidade de curador, ações referentes aos bens particulares da interdita.

§ 1.049. Quando terminam as curadorias

1.

Loucos e surdos-mudos. A curatela dos loucos e dos surdos-mudos cessa: 1 - Em relação ao curador: *a)* Por se haver findado o prazo a que foi obrigado a servir e não se terem prorrogado as suas funções; *b)* sobrevindo escusa legítima; *c)* sendo removido por negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade. li - Em relação ao interdito:

a) quando recupera o uso da razão, se foi interdito por loucura (curado o doente, isto é, restaurada a sua capacidade jurídica, deve ser levantada a interdição); *b)* quando, surdo-mudo, adquire audição ou fala, ou se educa, conseguindo manifestar a sua vontade. Por isso que acaba o motivo da inter dição, é restituida ao curatelado a livre administração de seus bens com o perfeito governo de si mesmo. Os seus atos, a partir da coisa julgada formal da sentença que levante a interdição, são válidos.

Dissera-se que o interdito ao pode pedir o levantamento da sua incapacidade *(e.g.,* Juízo de Direito da V Vara de s.

Órfãos do Distrito Federal, 27 de abril de 1920, *ROLCJ* 11/530). Sem razão. A despeito do elemento constitutivo, que há na sentença de inter dição, ela declara (****), de modo que, contra o interdito, não se pode admitir que, tratando-se de relação jurídica que pode mudar tal declaração e tal constitutividade, não cnºdam ante novo exame. ainda a pedido do incapaz que se diz não mais o ser. Hoje, essa nossa atitude prevaleceu em texto explícito de lei, — o art.

1.186, § 1ª, do Código de Processo Civil. Na Ordenação processual alemã, § 664, disse-se que o próprio interdito pode ir contra a sentença de interdição; e assim se havia de entender, no direito brasileiro, quanto aos recursos.

Também lá se admite que o levantamento possa ser pedido pelo incapaz, que, então, é tido por incapaz em direito material, mas capaz processualmente (§ 675). Não se confunda a ação de levantamento, que supõe ter-se acabado a incapacidade, com a ação de nulidade, ou a de rescisão da sentença de interdição, — essa ataca a sentença *e* tem por eficácia desconstituí-la e declarar que *não havia* a incapacidade.

2.

Pródigos. A curatela dos pródigos, terrnina 1. Em relação ao curador: a) expirando o prazo que é obrigadO a servir, não se tendo prorrogado as funções; 14 sobrevindo escusa legitima; *c)* sendo removido por incapacidade, negligência ou prevaricação. II. Em relação ao pródigo: *a)* desde que, por toda uma sene de atos constantes e significativos de temperança e moderação, ele se mostre reformado de seus atos de desperdício; *b)* não existindo mais o seu cônjuge, ascendentes ou descendentes. Nos dois últimos casos, levanta-se a interdição. Os atos praticados após a sentença são válidos, e pode o pródigo ratificar os

que anterior mente praticara sem a devida assistência curatelar. O

uníco intuito do Código Civil, como se vê, é garantir a herança de certos parentes, sem curar da importância social da prodigalidade. Tal Capítulo, moralmente o pior da nova lei civil e, juridicamente, aberrante *e* retrógrado de mais de quinze séculos, não veio do Projeto primitivo: foi mais um produto das emendas apresentadas à Câmara dos Deputados.

3.

Nascituro. Termina a curatela do nascituro: *a)* pelo aborto, que é a expulsão prematura do feto; *b)* pela aquisição do pátrio poder mulher grávida e por parte da mãe, como, por exemplo, e a interdita recobra a sua capacidade, tendo sido a sua interdição a causa da curatela do feto; *c)* no dia do nascimento quando o recém-nascido passa à tutela, instituição supletiva do pátrio poder, ou ao pátrio poder, se o pai ou a mãe oadquire *d)* pelo nascimento sem vida. Se há nascimento com vida‘ sem que alguém tenha o pátrio poder *(e.g.,* a mãe é interdita) o menor desde o nascimento é *sem tutela,* razão para se dever providenciar imediatamente.

Capítulo VI

Ausência

§ 1.050. Curadorias de ausentes

1.

Curadorias ad litem. Antes de entrarmos no estudo da matéria, convém distingamos duas espécies de curadorias de ausentes, que os mais dos escritores confundem, em ambigúidade assaz prejudicial à compreensão e à prática de tais institutos: 1 - A *curadoria* dos ausentes que se defere de oficio, ou a requerimento de qualquer interessado, quando pessoas de que se não tem noticia possuem bem em desamparo. 11 - A curadoria que se dá, *ai litem,* quando alguém quer demandar algum ausente, que não tem procurador, nem representante.

A revelia não é de se confundir com a ausência que se declara nos termos dos arts. 463-468 (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1949, *RT* 182/270: —O revel é o réu que deixa de acudir à citação, correndo a causa sem ele, que não pode encontrar na ausência motivo de impedimento àação ou à sua paralisação. O ausente é pessoa, demandada ou não, que, tendo bens e relações jurídicas, desaparece, sem deixar procurador ou representante que lhos administre. O ausente só se considera revel, quando é chamado a Juízo e deixa de acudir; e o revel,

demandado em Juízo, só se tornará ausente se assim for declarado judicialmente. No caso da ausência amparam-se os bens em geral do ausente; no caso de revelia, o amparo é limitado aos interesses judiciais.‖). A revelia é instituto de direito processual; a ausência, de direito material.

2.

Direito de família, direito das sucessões. A curadoria, de direito de família, tem por fim resguardar, em favor dos herdeiros, os bens do ausente *(ob successionis praeoccupationem).* A revelia é de direito processual. Quem a defere, depois da citação por edital, é o juiz da causa e tem por fito evitar a marcha do processo sem alguém que vele pelos interesses do ausente. Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas sobre* o *Processo Civil,* 1, 57), fundado em Manuel s.

Mendes de Castro e em Melchior Febo, dizia que, após a certidão do oficial, —se nomeia curador ao ausente com quem corre a causa‖. Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* nota 51 ao art. 39) informava que essa nomeação de curador *ad litem* não se fundava em lei, e sim na praxe do foro. Fruto da praxe, a curadoria à lide para o indivíduo que está em lugar incerto, sobre ser medida moral, evitava fraudes e abusos realmente lamentáveis. Depois, passou à legislação. Tal curadoria escapa, todavia, ao plano deste livro; é matéria de praxe forense e de direito processual. As leis de organização judiciária criaram mesmo a *curadoria geral de ausentes,* com incumbências e poderes mais ou menos extensos *e* acertados. Veja o Código de Processo Civil, art. 9ª, 1 e 11, *e* parágrafo único.

O julgamento da ausência‘repercute nas relações conjugais e parentais. O art. 484 diz: —Se o ausente deixar filhos menores, *e* o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder,

proceder-se-á com esses filhos, como se fossem órfãos de pai e mãe.‖ No Decreto n0 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, art. 26, insistira-se:

—Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: li. que se encontrem eventualmente sem habitação ceda, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda.‘ Também na Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, art. 2ª, 1, *a), e* na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 98, II. Se há outro genitor, cônjuge ou não, que tenha o pátrio poder, é como se o ausente fosse morto.

Aparecendo, o ausente é que se entende ser o titular, mas os atos anteriores são válidos.

Nos casos em que o juiz tem de decidir se supre, ou não, o assentimento conjugal do ausente, antes do julgamento da ausência, tem de ser ouvido o Ministério Público. Tratando-se de mulher casada ausente, é de ouvirse em todos os casos em que se pede o suprimento.

A curadoria da herança, nas espécies dos arts.. 1.591 *e* 1.592, é de direito das sucessões. Distingue-se da curadoria de ausentes em que, quanto a essa, há suspeita da morte da pessoa a que pertencem os bens, ao passo que, quanto àquela, há, como pressuposto mesmo, a falta. A remissão que o art. 471, § 2ª, fazia aos arts.. 1.591-1.594 de modo nenhum tornava de direito das sucessões a curadoria e as sucessões de que se cogita nos arts. 469-483.

3.

Código Civil e Código de Processo Civil. Quanto à curadoria de direito de família, lê-se no art. 463:

—Desaparecendo uma pessoa do seu domicilio, sem que dela haja notícia, se não houver deixado representante ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, nomeará curador.‖ Há ceda diferença de redação entre o art. 463 do Código Civil e o art. 1.159 do Código de Processo Civil. Enquanto aquele fala de pessoa que desapareceu, —sem que dela haja noticia‖ e —não houver deixado representante, ou procurador a quem toque administrar-lhe os bens‖, a lei processual riscou a referência à falta de notícia. Resta saber se,

interpretado o texto do Código de Processo Civil, se há de entender que a falta de notícia é pressuposto necessário, ou se o não é. Se é de interpretar-se ser necessário, não houve mudança de conceito de ausência. Os dois preceitos, a despeito da omissão do segundo, dizem o mesmo. *Ausência,* no sentido do Código Civil, é o fato de não estar presente, *mais* carência de notícias. Se essa carência de notícias não ocorre, então os interessados na arrecadação têm de comunicar-se com a pessoa *faticamente* ausente, porém não *juridicamente* ausente. Por exemplo: o locatário da casa pede o depósito do aluguel, com a precatória; e ao juiz falta poder para arrecadar a casa de quem está ausente e cujo paradeiro é conhecido. Interpretação literal do art. 1.159 do Código de Processo Civil permitiria ler-se-lhe o contrário. Vê-se bem o interesse prático da discussão e da solução exata da questão de direito, que a divergência dos textos suscita.

Nas Ordenações Filipinas (Livro 1, Titulo 90, *pr.)* falava-se dos que estão —cativos em terras inimigas, ou absentes, sem se poder saber se são mortos, se vivos‖ e, mais, —de seus bens estarem desamparados‖, por não haver —quem deles tenha cárrego, como deve ser‖. Portanto, dois eram os pressupostos necessários e suficientes. Nas Ordenações Manuelinas (Livro 1, Titulo 69) dizia-se o mesmo (—se nem pode saber se sam mortos, se vivos, e seus bens estam desemparados por hi nom aver quem dêles tenha carreguo, qual deve‖).

Assim, *historicamente,* o pressuposto de falta de noticia énecessário. *Logicamen te,* se alguém sai e não deixa notícia, nem manda, está em situação para vir a ser presumido de modo. *Gramaticalmente,* quem se ausenta faticamente) e deixa, ou manda notícia, não —desaparece‖. Ora, tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil se emprega o verbo —desaparecer —Desaparecendo uma pessoa , —Desaparecendo alguém a presunção de morte de tripulantes de navios e de aeronaves, segundo o que na sistemáticacdo Decreto-Lei nº 3.577, de 1ª de setembro de 1941, estatuiu o art. 1ª, ocorre se desapareceram há mais de cento e vinte dias, em virtude de naufrágio, acidente ocorrido a bordo ou falta de noticia da embarcação. O tempo de cento e vinte dias é contado a partir da data da ocorrência do naufrágio, ou do acidente, ou da última notícia direta da embarcação (art. 1ª, § 1ª). Tais regras jurídicas, no sistema do Decreto-Lei nº 3.577, art. 12, apanham os tripulantes das aeronaves associadas da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Aeroviários.

s.

A presunção de morte de militares, servidores públicos e militares da aeronáutica definiu-se após três meses da publicação do desaparecimento em boletim.

Tais presunções são para efeitos de direito público e apenas permitem, no plano do direito privado, que se proceda à arrecadação, independentemente dos pressupostos dos arts.. 463 e 464 do Código Civil. A justificação para o assento dos óbitos de morte (cp. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. art. 88) evita que *se* tenham de esperar expiração dos prazos para a sucessão definitiva (Tomo 1, §§ 66, 5 e 67, 1). A sentença que declara a ausência tem de ser registrada (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, VI, e 94); mas tal sentença não só declara: a força sentencial é constitutiva, porque se estabelece a curadoria; a declaratividade é apenas decisão de questão prévia *(Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, III, *2,* 464 s., 467).

4. Nova divergência. Outro ponto em que há diferença entre o texto do Código Civil e o do Código de Processo Civil é o em que se diz, respectivamente, a respeito do ausente, que —o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, nomear-lhe-á curador‖ e —o juiz mandará arrecadar os bens do ausente‖. Ali, não se cogitou da arrecadação de ofício; aqui, parece que sim. Verdade é, porém, que já interpretávamos o Código Civil como permissivo da arrecadação ordenada de ofício (nosso *Direito de Família, 1ª* ed., 453). Desse modo o Código de Processo Civil, art. 1.160, veio apenas consolidar a melhor interpretação. Naturalmente, para mandar que se arrecade, tem o juiz de se basear em informação suficiente que conste do processo ou do seu despacho ou portaria.

5.

Código de *Processo Civil de 1939, art. 580.* Sob pena de multa de duzentos a quinhentos cruzeiros, imposta pelo juiz, de oficio, ou mediante representação do interessado ou do órgão do Ministério Público, as autoridades policiais deveriam participar ao juiz a ausência das pessoas que se haviam retirado das suas circunscrições, com destino ignorado, deixando bens desamparados (Código de Processo Civil, art. 580).

§ 1.051. Arrecadação dos bens e curatela do ausente

1.

Definição *de ausente.* Ausente, no sentido em que se toma, legalmente, o vocábulo, é a pessoa de que se ignora o domicilio, dela não se tendo notícias, e cujos bens ficam em desamparo. Para que bens em desuso, ou aparentemente sem dono, se reputem *bens de ausentes,* é necessário que do proprietário não se tenha noticia, nem haja esse deixado representante, ou procurador, a quem toque administrá-los (art. 463), ou que, deixando mandatário, esse não queira, ou não possa exercer ou continuar o mandato. Não se pode considerar ausente o que se retira para lugar certo, máxime se se despede pela imprensa (Supremo Tribunal Federal, 10 de abril de 1929).

2. *"Domicílio".* O juiz do domicílio do ausente, que saiba da existência de tais bens, deve nomear curador ao ausente.

Está no art. 465: —O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.‖ Pela palavra —domicilio‖ deve-se entender, no caso, o lugar onde possui bens o ausente, porque a curatela do ausente é, na espécie, *cura rei,* e não *cura personae,* tem por objeto gerir bens, não o cuidar da personalidade do proprietário,de que se não tem notícia. Aqui, como bem dizia Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 269), se toma a palavra ausente no sentido estrito, e significa

—aquela pessoa, cuja habitação se ignora e de que não há notícia: o interesse público pede que os bens e direitos de tais pessoas não fiquem em abandono, mas sejam postos em cautela e administrados, para serem entregues aos próprios, quando apãiieçam, ou a seus herdeiros.‖ Tem-se, porém, de atender ao Código Civil que empregou as expressões —desaparecendo uma pessoa do seu domicilio‖. Domicilio, conforme o define o próprio Código Civil (art.

31), éo lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Ora, a pessoa pode ter bens em outro lugar que o de seu domicilio; estando tais bens em abandono e do proprietário não se

tendo noticia, apode-se dar curador ao ausente?

A arrecadação é de bens situados no território do Estado Federado ou do Distrito Federal, ou do Território ainda não constituído em Estado. Dá-se o mesmo quanto à abertura da sucessão da pessoa falecida. O *domicílio é que importa;* e não a situação dos bens. —Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio‖, diz o art. 463; —A sucessão abre-se no lugar do último domicilio do falecido‖, estatui-se no *art.* 1.578.

s.

Quid iuris, se o bem é de ausente, no sentido de pessoa que não é domiciliada no lugar, e não no sentido de quem se ausentou do domicilio? Tal bem não pode ser arrecadado como bem de ausente, no sentido dos arts. 1.591-1.594, pelo juiz da situação do bem. Ter-se-ia de deprecar o juízo da situação para que, em cumprimento da carta precatória, arrecadasse: porque competente é o juízo do domicilio. Para o juízo da situação do bem, o bem está sem quem o possua, ou sob a posse de pessoa ausente. Não há pensar-se em arrecadação de tal bem, que pelas dívidas do ausente, inclusive fiscais, pode ser penhorado. E bem exposto a medidas cautelares e executivas, porém não à arrecadação por ausência do dono. São pontos, esses, da máxima relevância que estão descurados na doutrina e na jurisprudência. Se tal bem pertence a quinhão de herdeiro que não se apresentou ao inventário do decujo domiciliado alhures, é ao juízo do inventário que se pede a precatória para a arrecadação, tanto mais quanto o Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945 (revogatório do Decreto-Lei nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939, art. 2ª § 1ª), havia reafirmado ao Estado ou ao Distrito Federal, onde estava domiciliado o decujo, a vocação à sucessão. Tem-se de pensar, portanto — em se tratando de bens de ausentes a serem arrecadados, ou de questão de herdeiro ausente — em termos de domicilio.

3. *Arrecada*ção. O primeiro ato judicial relativo ao ausente ou concerne aos seus bens ou à pessoa dos seus filhos, ou da mulher, ou de quem esteja sob sua guarda, tutela ou curatela. Concerne aos seus bens a *arrecada* ção, que o juiz tem de ordenar, desde que saiba da existência desses bens e do desaparecimento de alguém.

Concernem à pessoa de outrem: *a)* o ato de nomeação de tutor *ad* hoc, ou provisório, se a pessoa, que era pai ou tutor, desapareceu nas

circunstâncias dos arts. 463 e 464 do Código Civil; *b)* o ato de nomeação de curador *ad hoc,* ou provisório, ou definitivo, *se* o curador desapareceu, nas circunstâncias dos arts. 463 e 464 do Código Civil, ou se, ocorrendo os pressupostos para a nomeação do curador, o pai ou o tutor é que se acha nas circunstâncias dos arts. 463

e 464 do Código Civil (sempre que se trata de pai, ou mãe, com o pátrio poder, a nomeação de alguém é sempre provisória, porque o pátrio poder não se *perde* com a nomeação de curador ao pai ou mãe ausente, embora se proceda com os filhos como se fossem órfãos, cf. Código Civil, arts. 484 *e* 406, 1); *c)* o ato declarativo de que à mulher casada compete a direção *e* administração do casal, nos casos do art. 251, 1, do Código Civil; *d)* o ato judicial que por alguma causa tenha de considerar impraticável por alguém que se ausentou a guarda de outrem. *E.g.:* pelo depositário do menor sobre cuja guarda se discute, se esse depositário se acha nas circunstâncias dos arts. 463 e 464 do Código Civil.

Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais durante um ano, reproduzidos em dois meses, anunciando a arrecadação e convidando o ausente a entrar na posse dos bens arrecadados (Código de Processo Civil, arfl 1.161).

4. Curador. Para que se dê curador, é preciso, portanto, que existam as seguintes circunstâncias: *a)* bens em abandono; *b)* não se ter notícia do seu proprietário; *c)* não ter ele deixado procurador; ou, se o deixou, quando esse não quiser, ou não puder, exercer ou continuar o mandato. Diz o art. 464 do Código Civil:

—Também se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário, que não queira, ou não possa exercer ou continuar o mandato.‖ Cf. Código de Processo Civil, *art.* 1.159, 2ª parte. Por exemplo: 1) se o mandatário cai em interdição; 2) se, por mudança de estado, o mandatário se inabilita para os exercer; 3) em caso de renúncia; 4) se não houver notícia do procurador O juiz, que nomeia o curador, fixa-lhe os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o estatuido a respeito de tutores e curadores (art. 465). As atribuições do curador de ausentes não nascem, pois, *ex lege;* determina-as o juiz, que deve, a seu arbítrio, assimilá-

las mais ou menos às atribuições nos institutos da tutela e da curatela. Assim, o curador do ausente deve dar garantia (salvo sendo os bens de pouca monta e não havendo quem queira encarregar-se da curadoria

com esse ônus), como os demais curadores, prestar contas etc.

5.

A quem se defere a curadoria. Defere-se a curadoria, em ordem de preferência: *a)* Ao cônjuge, que é o curador legitimo e que não é obrigado a apresentar inventário, se o regime do casamento é o da comunhão, ou se os bens do ausente se acham descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime do casamento. Lê-se no art.

466: —O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, será o seu legitimo curador.‖ *b)* A um dos pais, que não fica sujeito à obrigação de apresentar balanços anuais, mas que presta contas de dois em dois anos, quando deixar o exercício da curatela, ou toda vez que o juiz haja por conveniente. Está no art. 467: —Em falta de cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe ao pai, à mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.‖ A mãe só seria a curadora se o não pudesse ser o pai, o que perdeu *ratio* essendi sob a Constituição de 1988, art. 226, § 5ª *c)* Aos descendentes, os mais próximos preferindo aos mais remotos, e, entre os do mesmo grau, os varões igualmente preferiam às mulheres, antes da sistemática da Constituição de 1988, art. 59, 1 (art. 467, parágrafo único: —Entre os descendentes os mais vizinhos precedem aos mais remotos, e, s.

entre os do mesmo grau, os varões preferem às mulheres.‖).

6.

Regras de direito de família. As regras acima, *de direito de família,* só são aplicáveis quando os bens em desamparo pertencem ao ausente, pois que, no caso de herança vaga ou de quinhão de herdeiros ausentes, as regras aplicáveis são as que se estatuem no *direito das sucessões.* Tal matéria é estranha ao direito de família; todavia, devemos frisar as diferenças principais, a fim de que se não confundam.

7. *Bens em desamparo.* Se os bens em desamparo *pertencem* a alguém ausente, que deles tem a propriedade por qualquer titulo, inclusive sucessão anterior à ausência, todos os bens ficam sujeitos aos arts.

463-483 do Código Civil, isto é: rode o cônjuge, o pai ou o descendente do desaparecido ser nomeado curador; passado um ano da publicação do primeiro edital sem que se saiba do ausente, podem os interessados requerer que se lhes abra a sucessão provisória, e a sucessão definitiva, no fim de dez anos de passada em julgado a sentença que concedeu a sucessão provisória.

8.

Herança vacante. Se os bens em desamparo são herança vacante, ou quinhão de herdeiro ausente, isto é, bens que foram atribuidos a alguém em sua ausência, as normas a serem obedecidas são as formuladas nos arts. 1.59 1-1.594: tais bens ficam pois, sob a guarda, conservação e administração de curador (art. 1.591); são considerados vacantes *,* praticadas todas as diligências, não aparecem herdeiros, mas tal decretação só se faz um ano após a conclusão do inventárj0 (art. 1.593, parágrafo único); a declaração da vaçância da herança não prejudica os herdeiros que legalmente se habilitem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passam ao domínio do Município, ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou se incorporam ao domínio da União, se situados em território federal (art. 1.594, pr). E (que resulta do art. 468: —Nos casos de arrecadação de herança ou quinhão de herdeiros ausentes, observar-se-á, quanto à nomeação do curados o disposto neste Código, arts. 1.591 a 1.594.‖

9. *Filhos.* Dispõe o art. 484: —Se o ausente deixar filhos menores e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se-á com esse5 filhos, como se fossem órfãos de pai *e* mãe.‖

Se o outro genitor pode exercer o pátrio poder, é a ele que toca, enquanto ausente o outro genitor. Tudo se passa como se fosse interdito por loucura ou surdo-mudez o ausente.

§ 1.052. Sucessão provisória

1.

Código *Civil, art. 469, e Código de Processo Civil, art. 1.163.*

—Passando-se dois anos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador, ou se os deixou, em passando quatro anos, poderão os interessados requerer se lhe abra provisoriamente a sucessão‖ (Código Civil, art. 469). O Código de Processo Civil, art. 1.163, diminuiu para um ano o prazo de quatro, que o Código de 1939, art. 583, havia reduzido para três anos.

2.

Successio praematura. Trata-se, pois, de sucessão antecipada *(successio praematura),* que só se institui se coincidirem os seguintes requisitos: *a)* ausência sem notícias, há um ano completo, ou mais, contado da publicação do primeiro edital; *b)* requerimento de interessados na abertura provisória da sucessão. Se há herdeiros notórios, nem por isso se deixa de fazer a arrecadação (sem razão, Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de março de 1913).

O herdeiro, ou o interessado, que pede a abertura da sucessão provisória, tem de obter a citação pessoal dos herdeiros presentes e a do curador e, por editais, de outros interessados, para oferecerem os artigos de habilitação. A citação edital do ausente também é necessária (Código de Processo Civil, art. 1.164). Copiando sem atenção o Código de Processo do Distrito Federal, art. 850, que nunca aplicávamos por se ter o lapso como inoperante, o Código de Processo Civil de 1939, art. 583, falou do prazo contado —da publicação do último edital‖. Talvez com isso tivesse o legislador pensado em adaptar-se ao Código Civil, art. 469, encurtando de um ano o prazo de quatro, mas a balbúrdia foi ainda maior. A solução, *de lege lata,* é a seguinte: arrecadam-se os bens (Código de Processo Civil, art. 1.160), e nomeia-se curador; publicam-se os editais; quando se concluir o prazo de um ano da publicacão do primeiro edital, sem que se saiba do ausente, abre-se a sucessão, *derrogado o Código Civil, art.* 469. Se não há interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê1ª ao juízo competente.

3. *"Interessados".* —Consideram-se, para este efeito, interessados: - O cônjuge não separado judicialmente. II - Os herdeiros presumidos legítimos, ou os testamentários. III - Os que tiverem sobre os bens do ausente direito s.

subordinado à condição de morte. IV - Os credores de obrigações

vencidas e não pagas (art. 470). Entre os herdeiros presumidos está o Estado.

Os filhos, no caso do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 18, que fora, precedentemente à Lei nº 2.514, de 27 de junho de 1955, o de regime de separação dos pais, ausente um desses, eram os interessados na sucessão provisória. Outrossim, a viúva, no caso do art. 17, antes da redação do Código Civil, art. 1.611, §§ 1ª e 2ª, dada pelas Leis nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, XIV, e 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, 9). É preciso provar-se o parentesco dos interessados (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 2 de abril de 1917 e 16 de novembro de 1918). Não se procede à arrecadação dos bens diante de simples carta rogatória (Supremo Tribunal Federal, 4 de agosto de 1923, *RSTF* 61/32) ou precatória, salvo se foi constituida a curadoria do ausente pelo juiz do domicilio (arts. 463-467), ou se foi declarada vacância da herança (arts. 1.591- 1.594; Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990; Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, art. 1).

4.

Fim da sucessão provisória. A suçessão provisória tem por fim, não só entregar os bens do ause~xte aos seus herdeiros ou demais interessados em seu patrimônio, como também criar para ele, até que apareça ou morra, curatela circunscrita aos bens. Tal curatela é deferida aos próprios sucessores ou interessados. Mas as curatelas parciais e bonitárias não excluem o curador, que o juiz, de ofício, deve dar aos ausentes, como vimos no parágrafo antenor.

5.

Presunção iuris vel iunis tantum; *artigos de habilitação.* A sucessão provisória funda-se em presunção *iuris vel iuris tantum:* a morte do individuo. Em razão disso, abre-se a sucessão prematura do ausente por sentença que a determine; e logo que essa passe em julgado procede-se à abertura do testamento, se existe, e ao inventário e à partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido. Lê-se no Código de 1973, art. 1.165: —A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito 6 (seis) meses depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o

ausente fosse falecido.‖ Nos artigos de habilitação, deve o pretendente afirmar (ônus de afirmar): *a)* a sua qualidade e a causa para a sucessão, por não haver parente mais próximo; *b)* o nome, o domicílio, a residência, a nacionalidade, e a profissão do ausente; *c)* os nomes dos pais dos sucessores; *d)* os parentes mais próximos e respectivas residências; *e)* o fato de estar extinto o prazo da lei sem que tenha havido notícias do ausente e ser, assim, presumivel a morte (sob o Código de Processo Civil, art. 586, que omitia, aliás, a referência ao domicilio e à nacionalidade do ausente, que são dados indispensáveis à determinação da lei que rege a sucessão).

Nos artigos de habilitação, exigem-se *comunicações de conhecimento* que são as essenciais à caracterização da pretensão àherança. Naturalmente, só previu a sucessão legítima, quando, em verdade, também pode existir testamento aberto, independente pois de —abertura (Código de Processo Civil, art. 1.165). Aliás, se, abrindo-se, for notado que se alterou a sucessão legítima, não há grande inconveniente, porque o Código deu o prazo de seis meses para o efeito da sentença de devolução provisória (Código de Processo Civil, art. 1.165). Nos seis meses é que se procede a inventário e partilha, que aliás têm o prazo do art. 983 do Código de Processo Civil, sem prorrogação além dos seis meses (portanto, só prorrogação de dois meses). Os herdeiros que se habilitam segundo os arts. 1.164, parágrafo único e 1.057 do Código de Processo Civil são só os legítimos. Os testamentários não se habilitam, porque habilitar-se é pedir sentença *declarativa; e* o herdeiro testamentário, como o legatário, tem a sentença constitutiva integrativa do cumpra-se, com o seu elemento de mandamento (cf. art. 1.165).

Não se confunda legitimação para provocar a abertura da sucessão (Código Civil, art. 470) e a legitimação para suceder (habilitação, ou vocação ex *testamento,* Código de Processo Civil, arts. 1.164, parágrafo único, e 1.165). Os herdeiros testamentários têm aquela, se o testamento é público, ou particular não envolvido materialmente; igualmente, o legatário. Quanto à legitimação para suceder, ou terá processo peculiar à sucessão legitima (Código de Processo Civil, art. 586), ou à sucessão testamentária (Código de Processo Civil, arts. 587, 534-551).

6.

Se não comparecem herdeiros. Estatui o Código de 1973, art. 1.165,

parágrafo único: —Se dentro de 30 (trinta) dias não comparecer interessado ou herdeiro, que requeira o inventário, a herança será considerada jacente.‖

s.

§ 1.053. Deferência da sucessão provisória

1.

"Como se o ausente fosse falecido". A lei determinou quais os interessados e mandou que se procedesse ao inventário e àpartilha, *como se o ausente fosse falecido.* O modo por que se fazem o inventário *e* a partilha já pertence ao direito das sucessões; escapa, portanto, à matéria deste Tomo. Dai limitarmos este parágrafo a ligeiras regras inerentes à sucessão ficta do ausente. Diz o Código de Processo Civil, art. 1466: —Cumpre aos herdeiros, imitidos na posse dos bens do ausente, prestar caução de os restituir. —O Código de Processo Civil de 1939, art. 585, estatui:

—Passada em julgado a sentença, serão os bens partilhados *e* entregues aos herdeiros, mediante caução, nos termos da lei civil.‖ A sentença passa em julgado, *formalmente.* É constitutiva, sujeita à mudança das circunstâncias (sentença com reserva). Não se pode falar em força material de coisa julgada, por parte de tal sentença (cf. Borges Carneiro, *Direito civil,* III, 222). Provada a morte, a data da abertura da sucessão é a data *verdadeira,* e não a *ficta* (nosso *Direito de Família, 1ª* ed., 459); aparecendo o ausente, a sentença perde a *eficácia.* Outra particularidade dessa sentença éa de só ser *eficaz* seis meses depois (Código de Processo Civil, art. 1.165). Para os efeitos do recurso, que é o de apelação (Código de Processo Civil, art. 520), esse prazo é inoperante. Não se confunda o efeito de força formal de coisa julgada com os outros *efeitos.* Se o ausente já falecera por ocasião de se lhe nomear curador, ou depois, tendo continuado a curatela, por se ignorar a morte, nem por isso deixa de ter toda a eficácia a curatela do ausente.

Por outro lado, se o ausente, alhures, praticou atos jurídicos que não

têm por objeto negócios do lugar ou ao alcance do curador nomeado, os atos que ele praticou valem, porque, na curatela do ausente, a incapacidade é pela ausência e ao ato que alguém pratica entre presentes, ou como presente, falta o requisito da *ausência* para que se pense em incapacidade.

2.

Caução. Os bens são entregues sob caução aos que se habilitarem. Os direitos dos herdeiros prematuros pendem de condição resolutiva. Para se evitarem os danos provenientes da dissipação dos quinhões recebidos, exige-se a caução para que se imitam na posse dos bens. Os efeitos não são equiparados aos da saisina, Código Civil, art.

1.572, devido ao art. 473 do Código Civil e art. 1.166 do Código de Processo Civil. Em todo o caso, entregues os bens, tudo se passa, por força da ficção da sucessão provisória, *como se* tivesse havido a saisina *ao tempo da terminação do prazo.* O que tem pretensão à herança ou ao legado, mas não pode prestar caução, não sucede provisoriamente. Os bens, que lhe caberiam, ficam sob a administração de um curador, ou de herdeiro que o juiz designe e preste a caução (Código Civil, art. 473, parágrafo único). Ao excluído é dado requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria, no caso do Código Civil, art. 478. A caução é a do art. 473 do Código Civil (penhor ou hipoteca), mas o art. 826 do Código de Processo Civil permite, além da caução real, a fidejussória. E a forma contemporânea da fiança da Ordenação, Livro 1, Titulo 62, § 38 (—fiador abonado, que possua bens de raiz ..., com outorga de sua mulher, se for casado, o qual fiador se obrigue por escritura pública, como depositário *e* principal pagador‖).

O Código de Processo Civil de 1939 havia estabelecido, no art. 588: —Os ascendentes, ou descendentes, e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão entrar na posse dos bens da herança, mediante, apenas, o edital a que se refere o art. 584.‖ O Código de Processo Civil de 1973, art. 1.166, não no repetiu.

3. *Ordem legal.* O direito à sucessão provisória é regulado conforme a ordem legal; e são admitidos a recebê-la, não os que eram herdeiros no tempo em que se realizou a ausência, mas os que o são ao tempo em que se completou o prazo da lei para a presunção da morte: um ano da publicação do primeiro edital. Provado, porém, o tempo em

que realmente faleceu o ausente, como se trata de presunção simples *(iuris ve) iuris tantum).* a ficção tem de ceder à verdade, devendo a sucessão, nesse caso, ser determinada pela época do falecimento (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 222: —... se alguém mostrar que o ausente faleceu em determinado tempo, e que então era o seu próximo parente, será julgado ele ou seus herdeiros o legitimo sucessor, não obstante a entrega que se houver feito a outrem, a qual era de natureza provisória e condicional: e a isso tende a fiança.‖). Diz o Código de Processo Civil, art.

1.165ª —A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeitos 6 (seis) meses depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.‖ A sentença que determina a abertura da sucessão é constitutiva, com reserva. Passa formalmente em julgado(sendo de apelação o recurso (Código de Processo Civil, art.

520). A sua eficácia depende do prazo de seis meses, para que haja tempo de se proceder a inventário e partilha. A sentença da partilha, que então se profira, é parte integrante do seu efeito constitutivo, como sentença executiva, *lato* sensu, que é. Trânsita em julgado, formalmente, a sentença, procede-se ao cumpra-se do testamento, se testamento há ao inventário e à partilha. A sentença não discriminou quinhões, nem sequer aludiu a eles; é sentença sobre pretensão a suceder, não sobre quinhões.

s.

4. *Responsabilidade da herança.* A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem *os* herdeiros, cada qual em proporção da parte que na sucessão provisória lhe coube (art. 1.796).

5.

Bens vinculados. Se no acervo se encontram bens vinculados, entregam-se aos sucessores legais (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 272). Exemplo: em caso de fideicomisso, sendo fiduciário o ausente, os bens passam ao fideicomissário, salvo se a propriedade se consolidou naquele por ter o fideicomissário renunciado, ou já ter morrido; os

bens gravados de uso, habitação, ou usufruto vitalicio, devem ser restituidos aos proprietários. Exige-se a garantia.

6.

Encargos. Se alguns bens do ausente estão sujeitos a encargos, os sucessores provisórios têm de suportá-los, como se fossem herdeiros definitivos. Assim, transmitido, ficticiamente, o prédio gravado a um ou muitos sucessores, os ônus reais continuam a gravá-lo em todas as suas partes.

7.

Direito de representação. A sucessão prematura, sendo, como é, ficção legal, importa verdade, e, para reforçar a analogia de tal *praeoccupatio successionis,* o Código Civil esclareceu que ao inventário e à partilha se procederia, como se o ausente fosse falecido. Em vista disso, a sucessão é deferida, não só aos parentes vivos, mas igualmente aos que tenham direito de representação (Código Civil, arts. 1.604 e 1.621) e derem garantias da restitui-

ção, equivalentes aos seus quinhões.

8. *Ações pendentes e futuras.* O sucessor, a que se deferiu o quinhão ou a totalidade da herança, assume, prematuramente, a sua posição de herdeiro. Assim, empossado nos bens, fica representado, ativa e passivamente, o ausente; de modo que, contra ele, correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele se movam Lê-se no art. 476:

—Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente; de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele se moverem.

9. Código Civil, art. 477. Estatui o art. 477: —O descendente, ascendente, ou cônjuge, que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem. Os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 472, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao

juiz competente.‖ Assim, combinado o art. 472 com o art. 477, o descendente, ascendente, ou cônjuge, que seja sucessor provisório do ausente, faz seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a esse caibam. Os outros sucessores, porém, devem capitalizar metade desses frutos e rendimentos, convertendo-a em imóveis, ou em títulos da divida pública da União ou dos Estados.

10.

Prestação de contas. Na vigência da sucessão provisória, o descendente, ascendente ou cônjuge não presta contas; devem prestá-las, porém, anualmente, os outros sucessores (art. 477). Se o sucessor provisório falece, os bens que com ele estavam passam a seus herdeiros, com o mesmo caráter de sucessão provisória e os mesmos ônus.

§ 1.054. Herdeiros presuntivos que se excluem da sucessão provisória

1.

Herdeiros necessários *e não-necessários.* Os herdeiros, mesmo os necessários, podem ser excluídos da sucessão. Para regular a matéria, o direito das sucessões exige certas circunstãncias, sem as quais não se pode excluir da sucessão o herdeiro ou legatário, nem deserdar o herdeiro necessário.

2.

Ficção. A sucessão prematura, por ser ficção, tem de subordinar-se ao todo jurídico, como verdade, que é, por força da lei. Deferir a sucessão a pessoas. que, morto o ausente, seriam dela excluidas, importaria dar à presunção de morte (ainda não definitiva) maiores efeitos que à verdadeira morte. Mas tal extensão écontrária à razão jurídica, que não permite o falso operar só por si mais do que, na espécie, operaria a verdade: Operatur *autem fictiones non vítra intentionem caetera veritati relinquunt (G.* A.Struve, *Cornpendium Diqestorum,* 434).

3.

Casos de exclusão. São excluidos da sucessão os herdeiros, ou legatários: *a)* que hajam sido autores ou cúmplices em crime de homicídio, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se trate; *b)* que a acusem s.

caluniosamente em juizo, ou incorram em crime contra a sua honra; *c)* que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor de seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

4. *Afastamento da exclusão.* A exclusão do herdeiro, ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, é decretada por sentença, em ação ordinária, movida por quem tenha interesse na sucessão. Mas, se o ausente deixou documento autêntico, ou cláusula testamentária, admitindo à sua sucessão o herdeiro incurso em atos que determinem a exclusão da herança, esse não é excluído.

5.

Efeitos da exclusão. Os efeitos da exclusão são pessoais: os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele fosse morto (arts. 1.699, 1.602, 1.598, 1.600 e 1.601).

6.

Testamento. Aberto o testamento do ausente, duas espécies de declarações podem ser encontradas, feitas com o intuito de serem excluídos, previamente, certos herdeiros: *a)* a disposição de —todo‖ o patrimônio, sem contemplar os parentes colaterais, o que equivale a exclui-los da sucessão; *b)* a deserdação dos herdeiros necessários, com expressa comunicação de causa (arts. 1.742 e 1.734 e parágrafo único), por algum dos motivos pelos quais, em geral, se excluem os herdeiros.

7. *Ascendentes deserdantes.* Os ascendentes, além das causas mencionadas acima, podem deserdar os descendentes pelas razões seguintes: *a)* ofensas físicas; *b)* injúria grave; *c)* desonestidade da filha

que vive na casa paterna; *d)* relações ilícitas com a madrasta, ou o padrasto; *e)* desamparo do ascendente em alienação mental, ou grave enfermidade.

8.

Descendentes. Os descendentes também podem, além dos casos ordinários, deserdar os ascendentes, pelos motivos seguintes: *a)* ofensas físicas; *b)* injúria grave; *c)* relações ilícitas com a mulher do filho ou neto, ou com o genro, ou marido da neta. Na primitiva edição do Código Civil, dizia o art. 1.745, III: —Relações ilícitas com a mulher do filho ou neto, ou *com o genro ou marido da filha* ou neta‖; censurando-o, escrevemos então (1917): —Eis em que deram as sucessivas alterações de forma. O projeto revisto (art. 2.108, 39) dizia: —Relações ilícitas do ascendente com a mulher ou concubina do filho ou neto, ou com o genro, marido da neta, ou mancebo da filha ou neta.‖ O

conselheiro Andrade Figueira apresentou o seguinte substitutivo: —relações ilícitas do ascendente com a mulher do filho ou neto, ou com o genro, ou marido da neta‖. A Comissão da Câmara (Alfredo Pinto, A. Guimarães e Luís Domingues) emendou-o, *sponte sua:* —Relações ilícitas do ascendente com a mulher do filho ou neto, ou *com o genro, ou marido da filha* ou *neta (Trabalhos da Câmara dos Deputados,* Rio de Janeiro, 1902, VI, 663). E dizer-se que

—emendas de tal espécie, tendentes a corrigir a forma, conspurcaram, aqui e ali inconscientemente, boas doutrinas do Projeto primitivo!‖ A Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, veio atender à nossa crítica. *d)* Desamparo do filho ou neto em alienação mental, ou grave enfermidade (a palavra —neto‖, aí, é empregada em sentido genérico: neto, bisneto etc.).

9. Não-prestação *da garantia.* Além das espécies anteriores, em que se autoriza o excluir-se da sucessão herdeiro ou legatário, ou mesmo o deserdarem-se herdeiros necessários, no que a ficção da morte *per coniecturas* se afeiçoa à figura da verdade e a seus efeitos, há caso especial de exclusão da sucessão só admitido no caso ficto, por derivar do caráter da provisoriedade, da condição resolutiva inerente à sucessão prematura. Tal exclusão ocorre quando o que tem direito à posse provisória não pode prestar a garantia de que trataremos no parágrafo seguinte.

§ 1.055. Garantias dos quinhões deferidos

1. Código *Civil, arts. 472 e 473.* Lê-se no art. 472: —Antes da partilha o juiz ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos àdeterioração ou a extravio, em imóveis, ou em títulos da dívida pública da União ou dos Estados (art. 477).‖

Os direitos dos herdeiros provisórios pendem de condição resolutiva e, para evitar que eles dissipem os quinhões recebidos, a lei civil exige que, para serem imitidos na posse dos bens do ausente, que lhes caibam, dêem garantias da restituição deles, mediante penhores, ou hipotecas, equivalentes aos respectivos quinhões (art. 473: —Os herdeiros imitidos na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles mediante penhores, ou hipotecas, equivalentes aos quinhões respectivos.‖).

s.

2. *Falta da garantia.* O que tem direito à sucessão, mas não pode prestar a garantia exigida, é excluído, mantendo-se os bens, que lhe deviam caber, sob a administração de curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia (art. 473, parágrafo único: —O que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluido mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou do outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia‖.).

3. *Imóveis.* Os imóveis que o ausente deixou e os em que forem convertidos os móveis, ou forem comprados com os rendimentos que por lei se devem capitalizar, só se podem alienar: *a)* em caso de desapropriação; *b)* para lhes evitar a mina; c) se convier convertêlos em títulos da divida pública.

Nas duas últimas espécies, deve preceder autorização do juiz.

4.

Código Civil, arts. 474 e 1.777. Diz o art. 474: —Na partilha, os imóveis serão confiados em sua integridade aos sucessores provisórios mais idôneos.‖ —Em sua integridade‖, isto é, sem que se proceda à sua divisão, ou se estabeleça composse, entregando-se o imóvel a mais de um sucessor provisório. ~E se não for possível incluí-lo no quinhão de um só herdeiro? O art. 1.777, referente à sucessão ordinária, manda, em tal caso, que se venda em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais requerem que lhes sejam adjudicados, repondo ele ou eles, aos outros, em dinheiro, o que sobrar. Julgamos que o art. 1.777 éaplicável à sucessão provisória, com a condição de serem os imóveis convertidos em titulos da dívida pública. A lei civil não disse se os títulos da dívida pública são inalienáveis, mas, embora a sub-rogação real, como toda fação, tenha de ser criada pela lei e não se subentenda, é evidente que o intuito do Código Civil foi evitar a dissipação do património do ausente *e* a sua proibição de alie-narem-se os imóveis seria iludida se se permitisse a alienação livre das apólices da divida pública.

§ 1.056. Se não existem interessados na sucessão provisória

1. *Ministério Público.* Quando não existe interessado, que requeira a sucessão provisória, deve o Ministério Público, findo o prazo para a promoção, requerê-la ao juízo competente. Diz o Código de Processo Civil, art. 1.163, § 2ª:

—Findo o prazo deste artigo e não havendo absolutamente interessados na sucessao provísorla, cumpre ao órgão do Ministério Público requerê-la.‖ Comentando o art. 587 da lei processual de 1939, dissemos: —Findo o prazo do art.

587 do Código de Processo Civil (o dos seis meses), não se tendo legitimado os herdeiros e legatários, cabe ao curador requerer (a sucessão, não a abertura, razão por que não procede a critica de Odilon de Andrade, *Comentários,* VII, 192, que lê art. 583, em vez de art. 587, entendendo tratar-se de erro do Código). Uma coisa é a legitimação para pedir a abertura da sucessão provisória e outra a legitimação para suceder. Se foi aberta a *successio praematura,* e não se habilitaram os herdeiros legítimos, nem se apresentaram os testamentàrios, somente após os seis meses é que se pode pensar em

ser chamado a receber os bens o herdeiro cedíssimo, que é a Fazenda Pública. Não está errado o Código em dar ao curador dos bens — pois curador há — a incumbência de requerer que se devolvam os bens à Fazenda Pública; ainda aí está a curar; é da sua função, e não pode, para além dos seis meses, continuar na posse dos bens, inclusive se, presumível herdeiro, lhe foi negada na habilitação ou na ação de petição de herança essa pretensão.

A referência vem do art. 856 do Código de Processo Civil do Distrito Federal, onde a palavra —curador‖ não se referia ao —Curador de Ausentes‖, e sim ao curador dos arts.. 463-468 do Código Civil.‖

Não comparecendo herdeiro, ou interessado, tanto que passe em julgado a sentença, que mande abrir a sucessão provisória, procede-se judicialmente à arrecadação dos bens, que ficam sob a guarda, conservação e administração de curador, que terá por função representar o ausente.

Observa-se o que acima se disse, ainda que o ausente deixe testamento, se também não existem herdeiros testamentários, ou se, existindo, não aceitam a herança.

2.

Se não aparecem herdeiros. São declarados vacantes os bens do ausente, se, praticadas todas as diligências legais, não aparecem herdeiros; mas essa declaração só se faz um ano depois de concluído o inventário. A declaração de vacância dos bens do ausente não prejudica herdeiros que legalmente se habilitem; mas, decorrídos cinco anos da sucessão, os bens arrecadados passam ao domínio do Município ou do Distrito Federal, onde localizados, ou se s.

incorporam ao domínio da União, quando situados em território federal. Supõe-se que se haja requerido a declaração de vacância.

§ 1.057. Termo da sucessão provisória

1. *Curadoria provisória.* A curadoria provisória, quer requerida pelos

interessados, quer pelo Ministério Público, acaba: 1 - Quando o ausente aparece; e, nesse caso, deve provar ao juiz a sua identidade, ou pedir que lhe sejam entregues os bens, prestando caução, até que prove pelos meios legais ser o desaparecido. A comparência de procurador bastante, ou de quem legalmente representava o ausente, que é, no direito português, razão para extinguir-se a curadoria provisória, não no é no direito brasileiro, pois que a lei de 1939 admitiu a abertura da sucessão provisorta, passados três anos, se o ausente deixou procurador ou representante. É preciso que o ausente se apresente pessoalmente ou por procurador que haja constituído para isso. Se menor, que ele se faça assistir, ou novo representante o traga a juízo. Novo representante pode ser o anterior, justificado o aparecimento do ausente menor. II

- Quando se prove a existência do ausente, devendo o juiz, em tal espécie, mandar intimá-lo de que os seus bens estão em sucessão provisória a dim de que ele providencie como julgar conveniente, *e,* enquanto o não faz, continuam sob curadoria. III - Quando haja certeza da morte do ausente. *E.g.,* se aparece o conjuge do ausente, ou algum dos seus herdeiros, com a prova da morte, cessa a arrecadação (Tribunal da Relaçao do Rio de Janeiro, 29 de maio de 1928).

IV - Quando se abre a sucessão definitiva. V - Se, passados cinco anos da sucessão requerida pelo Ministério Público, não se habilitaram herdeiros, pois que, em tal hipótese, vão os bens ao Estado, conforme direito de sucessão. Vi -

Quando o ausente contar oitenta anos de idade e houverem decorrido cinco após as últimas notícias suas (Código de Processo Civil, art. 1.167, III).

2.

Casos de terminação. Desde o dia em que aparece o ausente, ou se prova, em juízo, a sua existência, cessam as vantagens dos sucessores imitidos na posse provisória, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas até a entrega dos bens a seu dono. E o que está no art. 480: ‗Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitidos, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.‖

Diz o Código de Processo Civil, *art.* 1.167: —A sucessão provisória

cessará pelo comparecimento do ausente *e* converter-se-á em definitiva: 1 - quando houver certeza da morte do ausente. II - 10 (dez) anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória. III - quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade e houverem decorrido 5 (cinco) anos das últimas noticias suas. No art. 1.168: — Regressando o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva ou algum dos seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes só poderão requerer ao juiz a entrega dos bens existentes no estado em que se acharem, ou sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo.‖ A sucessão provisória, isto é, a *relação jurídica,* subordinada a condição resolutiva, em que se acham aqueles a que foram devolvidos os bens da herança, *ou* cessa (1) *pela transfor* moção *em sucessão definitiva,* apagando-se todos os efeitos da ficção, *a)* pela certeza objetiva (verdade) da morte do decujo, ou b) pela certeza subjetiva e legal da morte, após os cinco anos do Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, art. 1ª, ou por se dar o caso do art.

1.167,111, do Código de Processo Civil; *ou* cessa (2) *pela* resolução *da sucessão* provisória, em virtude da aparição do decujo, ou de ascendente ou descendente seu (cf. Código Civil, art. 483). Se o decujo era solteiro ou viúvo e não se habilitaram herdeiros, na forma do Decreto-Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, art. 1ª (colaterais até o quarto grau), a transformação da sucessão provisória em sucessão definitiva obedece a outros princípios, mas *somente nos casos* (1), *a).*

3.

Falecimento do ausente. Lê-se no Código Civil, art. 479: —Se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.‖ A verdade prevalece, em vez da ficção.

§ 1.058. Sucessão definitiva

1.

Curadoria definitiva. A curadoria definitiva atende menos aos interesses do ausente do que aos dos sucessores, pois que o seu fundamento é o de se ter acentuado a presunção de morte. Por isso, aberta a sucessão

definitiva, será licito aos que estavam imitidos na posse dos bens do ausente requerer o levantamento das cauções prestadas. E o que se lia no Código Civil, art. 481: —Vinte anos depois de passada em julgado a sentença, que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções s.

prestadas.‖

O mesmo ocorre no caso do art. 1.167, 1 e III, do Código de Processo Civil, referido no § 1.057, nº 1.

2. Casos. Pode ser requerida pelos sucessores provisórios a sucessão definitiva em qualquer dos casos seguintes: 1 -

com a certeza da morte do ausente; II - dez anos depois de passada em julgado a sentença que ~oncedeu a abertura da sucessão provisória; 111 - provando-se que o ausente conta oitenta anos de nascido, e que de cinco, ou mais, datam as últimas noticias suas.

3.

Consequências. São conseqüências da sucessão definitiva: *a)* os sucessores definitivos percebem *e* fazem sgus os rendimentos dos bens que constituem os seus quinhões; *b)* suspende-se a inalienabilidade dos imóveis; *c)* os sucessores podem demandar e ser demandados como legítimos herdeiros ou legatários do ausente. Requerida a sucessão definitiva, ainda pode algum herdeiro, de cuja existência não se sabia, ou que, existindo, não renunciou a herança, habilitar-se à sucessão. O herdeiro excluido, por impossibilidade de prestar caução pelos bens a que tinha direito, pode requerer o seu quinhão, ainda que não houvesse pedido a metade dos rendimentos dos bens que então lhe tocassem.

4.

“Bens de ausentes”. Consideram-se bens do ausente, para os efeitos da sucessão definitiva, os que lhe pertenciam ao tempo da sucessão provisória e os que lhe sobrevenham, ainda dependente da condição de sua existência, até à data da abertura da sucessão definitiva, pois só

então se presume, para os efeitos legais, a morte do ausente. São exemplos de bens sobrevindos à sucessão provisória e que devem ser considerados no acervo de bens do ausente: os rendimentos capitalizados; as heranças a ele deferidas; as doações aceitas em nome dele; os bens de que era o fideicomissário e cujo fiduciário morreu, ou de que era fiduciário, se o fideicomisso caducou.

5.

Regresso *do ausente.* Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus ascendentes, ou descendentes (fora os que receberam as partes que lhes cabiam), aquele ou esses só haverão os bens existentes no estado em que se acham, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados hajam recebido pelos alienados depois daquele tempo (art. 483): —Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes, ou ascendentes, aqueles ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo.‘ Se aparece o ausente, são-lhe entregues os bens existentes. Se regressou algum de seus ascendentes ou descendentes, deve-se entregar a esse o que lhe caberia na sucessão do ausente. Depois de dez anos, a contar da sentença que abriu a sucessão definitiva, perdem o ausente e seus ascendentes ou descendentes, que não apareceram, o direito aos bens que foram entregues aos herdeiros e Interessados Assim, diz-se no art. 483, parágrafo único: —Se, nos dez anos deste artigo, o ausente não regressar, *e* nenhum interessado promover a sucessão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados passará ao Estado, ou ao Distrito Federal, se o ausente era domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se o er~ em território ainda não constituído em Estado.‖ Outros eram a redação *e* o conteúdo de 1916, razão por que dizíamos no *Direito de Família* (e o legislador atendeu à nossa sugestão, emendando o texto): _A disposição supra, contida no art.

483 do Código Civil, excetua o sistema do Código em matéria de sucessão pública dos bens vagos, pois que nos outros artigos, quer em se tratando de bens pertencentes ao ausente (sucessão provisória: art. 471, § 2ª), quer em relação à herança jacente (direito das sucessões: arts. 1.594 e 468), tais bens passam ao Distrito Federal, se aí era domiciliado o desaparecido; ao passo que no dispositivo acima,

concernente aos bens arrecadados em sucessão provisória, se os herdeiros ou interessados na sucessão definitiva não a requererem, a plena propriedade passará à União, quando domiciliado o ausente no Distrito Federal.‖

6. *Sucessão pelo Estado.* O art. 1.594 passou por sucessivas alterações. O texto vigente é o seguinte, conforme a Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990, após ter sido alterado pelo Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, e pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919: —A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos 5 (cinco) anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao do-mínio da União, quando situados em território federal.‘ O parágrafo único estatuía que —se não forem notoriamente conhecidos os colaterais ficarão excluídos da sucessão legitima após a declaração de vacância‖; mas, adveio o Çódigo de 1973, em cujo art. 1.158 se estabelece: —Transitado em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta.‖

s.

Como o art. 471, § 2ª, remetia aos arts. 1.591-1.594, o art. 1ª do Decreto-Lei nº 8.207 atingira-o. (Código de 1973, art. 1.163, § 1ª), seja pelo Ministério Público, se não o requereu algum interessado (art. 1.163, § 2ª). (c) Se foram habilitados herdeiros, *a)* podem requerer a sucessão definitiva, dez anos depois de trânsita em julgado a sentença de sucessão provisória (Código de 1973, art. 1.167,11), *b)* ou se o ausente já conta oitenta anos de idade (art. 1.167, III), *c)* ou quando houver certeza da morte do ausente (Código de 1973, art 1ª). Se foi aberta a requerimento do Ministério Público, ou do curador, a favor do Estado, por se ter esgotado o prazo do art. 1.165 do Código de Processo Civil, sem ter comparecido herdeiro, ou interessado, *antes* de transitar em julgado a decisão que determinou a abertura a favor do Estado, e não havendo testamento, ou não havendo herdeiro testamentário, se se abriu o testamento (art. 1.165, 2ª

parte), *b)* a arrecadação rege-se pelos arts. 1.591-1.594 do Código Civil. Tem-se assim que seis meses após a publicação do primeiro edital é que se abre (eficácia!) a sucessão provisória pelo Estado. *c)* Após cinco anos contados da sucessão provisória pelo Estado, há a

sucessão definitiva pelo Estado (art. 1.594, com a redação dada pela Lei nº

8.049, de 26 de junho de 1990. A declaração da vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos 5 (cinco) anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.‖).

li - Quanto à arrecadação dos bens da herança sem sucessores (arts. 1.591-1.594), tudo se passa conforme o direito das sucessões Não há sucessão provisória; há declaração de vacância (art. 1.593) e tal declaração só se faz um ano após a conclusão do inventário.

Temos, portanto: -

Quanto à arrecadação dos bens do ausente (arts. 463-483): *(a)* A nomeação do curador, decisão que pode ser rescindida por violação da lei se não se observou algumas das regras jurídicas dos arts. 463 e 464. *(b)* A sucessão provisória, passado um ano da publicação do primeiro edital, seja requerida pelos interessados 7. Sucessão *definitiva do Estado na arrecadação de bens de ausentes* o art 1.165, parágrafo único, do Código de 1973, merece exame atento, devido à remissão à herança jacente, por conseguinte aos arts. 1.591-1.594 do Código Civil. Diz ele: ‗Se dentro em 30 (trinta) dias não comparecer interessado ou herdeiro, que requeira o inventário, a herança será considerada jacente.‖ Há sentença de abertura de sucessão provisória, pois que passou em julgado (art.

1.165, *pr., verbis* ‗logo que passe em julgado‖). Ora, o art. 1.593 diz que —serão declarados vacantes os bens da herança jacente, se, praticadas todas as diligências legais. não aparecem herdeiros‖; *e* o parágrafo único explícita:

—Esta declaração não se fará senão 1 (um) ano depois de concluído o inventário.‖ LE preciso que, a despeito de já haver sentença de abertura da sucessão provisória, o que se supõe tanto no art. 1.163, § 2ª, quanto no art. 1.165, parágrafo único do Código de 1973, e quanto se supunha no art. 589 do Código de Processo Civil de 1939, se declare, ainda, a vacância da herança? De modo nenhum. Seria inconveniente *bis in idem.* A remissão do art. 1.165, parágrafo único, a herança jacente, portanto, aos arts. 1.591-1.594. há de entender-se no que *forem aplicáveis.* Ao Estado pedir a imissão na posse dos bens.

A sucessão provisória pelo Estado não prejudica os herdeiros que legalmente se habilitarem, mas — decorridos cinco anos da abertura da sucessão provisória pelo Estado — os bens arrecadados passam ao domínio do Estado, conforme o art. 1.594. Todavia, como se trata de sucessão segundo os arts. 463-483, e não de sucessão de herança vacante, a despeito da remissão do art. 1.165, parágrafo único, ainda pode aparecer o ausente ou alguns de seus descendentes, ou ascendentes, e haverâq os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e esses interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo (Código Civil, art. 483; Código de Processo Civil, art. 1.168).

A sentença de sucessão provisória é sentença declarativa de cognição não-plena, como a sentença de declaração de vacância, que, aliás, tinha o elemento constitutivo negativo que retirava o direito de sucessão dos colaterais (Decreto-Lei nº 8.207, art. 12, parágrafo único), por efeito *anexo,* antes da edição da regra jurídica do art. 1.158 do Código de 1973.

Diz o Código Civil, art. 483, que o prazo de dez anos, de que se está a tratar, é contado após a abertura da sucessão definitiva; de modo que, se o ausente não regressa, no decênio, lá estão os herdeiros que requereram a sucessão definitiva, pois estavam na posse da sucessão provisória, ex *hypothesi;* não há pensar-se em passar ao Estado a propriedade; se nenhum dos herdeiros ou interessados requereu a sucessão provisória, o Estado é que pode achar-se na posse, por sucessão provisória, porquanto incidiram os arts. 1.163, § 2ª, e 1.165, parágrafo único, do Código de Processo Civil; se nenhum herdeiro ou interessado requereu a sucessão definitiva, a propriedade passa ao Estado, mas

— dentro dos dez anos a que se refere o Código Civil, art. 483, parágrafo único — o ausente, que regressa, pode reclamar ao Estado o patrimônio, nos termos do art. 483, e pode-o o próprio herdeiro nos dez anos, pois a sucessão provisória, sem a declaração de vacância, não prejudica o herdeiro, ainda, hoje, *colateral (aliter,* art. 1.594, parágrafo único, com a redação do Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, art. 12; cf. Código de 1973, art. 1.158).

s.

Os herdeiros colaterais eram, na sistemática anterior à Lei nº 5.869, de

11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), art. 1.158, excluidos da sucessão após o trânsito em julgado da sentença de sucessão provisória, pois que não a requereram, ou de vacância, pois que não se apresentaram, *salvo se notoriamente conhecidos.*

No Decreto-Lei nº 8.207, o art. 39 e o parágrafo único cogitaram da aplicação administrativa dos valores correspondentes aos bens arrecadados: antes da Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990, art. 1ª, adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, os Estados Federados e o Distrito Federal ficavam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário; o Ministério Público tinha o dever de velar por essa aplicação; o art. 25 do Código Civil era de observar-se. A questão maior, que podia surgir, era a de se saber se as fundações tinham pretensão a haver tais verbas. A resposta era negativa, enquanto lei, ou lei orçamentária ou ato do Poder Executivo não caracterizava a qual delas tocava. A função do Ministério Público era só após a aplicação.

s.